

Barnefordeling etter samlivsbrudd

Kandidatnummer:

614

Leveringsfrist:

25.04.2009

Til sammen 17620 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1	Oppgavens tema	5
1.2	Avgrensning	6
1.3	Metode	7
1.3.1	Rettskildefaktorer	7
1.4	Enkelte begrepsforklaringer	12
1.4.1	Samlivsbrudd	12
1.4.2	Barnefordelingssak	12
1.4.3	”Barnets beste”	12
1.4.4	Foreldreansvar	13
1.4.5	Bosted	14
1.4.6	Samværsrett	14
<u>2</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>15</u>
<u>3</u>	<u>BARNETS BOSTED, FAST ELLER DELT?</u>	<u>19</u>
3.1	Innledning	19
3.2	Ett fast bosted	19
3.3	Delt bosted	21
3.3.1	Hva sier barneloven om delt bosted?	21
3.3.2	Hva kan domstolene bestemme?	24
<u>4</u>	<u>DEBATTEN RUNDT DELT BOSTED</u>	<u>25</u>
4.1.1	Innledning	25
4.1.2	Bør delt bosted bli lovens utgangspunkt?	26
4.1.3	Bør domstolene kunne pålegge delt bosted?	28

<u>5</u>	<u>PRINSIPPET OM BARNETS BESTE</u>	<u>34</u>
5.1	Innledning	34
5.2	Hva menes med ”barnets beste”?	35
5.3	Barnekonvensjonen	36
<u>6</u>	<u>MOMENTER SOM DOMSTOLENE VEKTLEGGES VED BOSTED</u>	<u>37</u>
6.1	Innledning	37
6.2	Miljøskifte og status quo prinsippet	38
6.3	Stabilitet og forutsigbarhet	40
6.4	Personlige egenskaper ved omsorgspersonen	41
6.5	Barnets ønske	44
6.6	Hvem kan bidra til mest samlet foreldrekontakt?	46
6.7	Barnets følelsesmessige tilknytning	48
6.8	Hensynet til ikke å dele søsken	50
6.9	Barnets behov for kjønnsidentifikasjon	52
6.10	Andre momenter som kan vektlegges	53
6.11	Irrelevante momenter som ikke vektlegges	54
6.12	Andre hensyn enn barnets beste?	55
<u>7</u>	<u>HENSYNET TIL Å UNNGÅ RETTSSAK</u>	<u>56</u>
<u>8</u>	<u>OPPSUMMERING – KONKLUSJON</u>	<u>58</u>

9	<u>KILDER – LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>
9.1	Lovregistre	61
9.2	Offentlige dokumenter	61
9.3	Rettspraksis	62
9.4	Litteratur	62
9.5	Annet	63

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Denne oppgaven handler om barnefordeling ved samlivsbrudd etter Lov av 8. april nr. 7 1981 om barn og foreldre. Når to parter står ovenfor et samlivsbrudd, reiser det mange spørsmål. Hvis partene har felles barn vil det bli spørsmål om bl.a. hvem som skal ha ansvaret for barnet, hvor skal barnet skal bo fast eller om barnet skal ha delt bosted, og omfanget av samværsretten.

Min hovedproblemstilling for oppgaven er hvor barnet skal bo etter et samlivsbrudd. I dag er lovens utgangspunkt at barnet skal ha ett fast bosted, og at delt bosted er en sekundær løsning som foreldrene kan velge å avtale. Jeg vil ta for meg hva gjeldende rett sier om bostedsformene. Jeg har valgt å fokusere en stor del av oppgaven på spørsmålet om delt bosted. Dette er et tema som engasjerer meg sterkt og et tema som stadig er oppe til debatt, både blant politikere og foreldre. Debatten går for det første ut på om lovens § 36 bør bli helt nøytral, slik at fast bosted og delt bosted likestilles, eller om delt bosted bør være lovens utgangspunkt. Debatten går videre ut på om domstolene skal kunne idømme delt bosted, noe det etter dagens lov ikke er tilgang til. Det foreligger nå et lovendringsforslag som vil gi domstolene en slik adgang.

Videre vil jeg gå inn på å se på det grunnleggende hensynet i barneretten som er at alle avgjørelser som berører barn skal tas til barnets beste. Dette gjelder i saker om hvor barnet skal bo fast. Dette gjelder alle sider av en barnefordelingssak, og det gjelder for alle som har med barnet å gjøre. Jeg vil deretter gå inn på de forskjellige momentene som domstolene vektlegger i sin vurdering om hvor barnet vil få det best.

Dette er et viktig tema og et tema som dessverre berører mange familier. Selv om de aller fleste barn fortsatt vokser opp sammen med både mor og far, ser vi stadig at tallene for samlivsbrudd går opp. I dag er det nesten 50 % av alle ekteskap som går i oppløsning. Ved inngangen til 2008 bodde 74,7 % av barna sammen med begge foreldrene¹, og hvert år opplever ca. 20000 barn under 18 år at foreldrene går fra hverandre, og ca. to tredjedeler av disse er barn av gifte foreldre.² Det vil si at barn som har foreldre som er samboere, men ikke gift, har enda større sjanse for å oppleve et samlivsbrudd.

Samlivsbrudd berører hele familien og ofte spesielt barna. De skjønner ikke alltid det som skjer, og hvorfor de voksne velger en slik avgjørelse. Det er derfor viktig at vi har lover og regler som gir uttrykk for at vi må sette barnets behov først, og vi må hele tiden ha deres beste interesse i avgjørelser som vil påvirke dem. De aller fleste foreldre klarer å løse slike problemer selv, ofte med hjelp gjennom mekling og annen støtte. Foreldre som er gift eller samboere må først møte til mekling før de kan søke om separasjon eller skilsmisse.

Hensynet bak en slik tvungen mekling er at foreldrene skal klare å komme frem til en avtale primært om bosted og samværsrett. Noen familier klarer imidlertid ikke dette, og må etter mekling gå rettens vei.

1.2 Avgrensning

Min oppgave gjelder for norske statsborgere som er bosatt i Norge, hvor gjeldende norsk rett får anvendelse. Min hovedproblemstilling er hvor barnet skal bo fast etter et samlivsbrudd, og jeg vil derfor ikke ta med reglene for foreldreansvaret og reglene som gjelder for samværsretten. Selv om dette henger nøye sammen, vil det ikke være nok plass til å gå inn på de problemstillingene som de reglene gir. Det vil bare bli nevnt der det er naturlig for å forstå bostedsspørsmålet.

¹ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s.4

² www.regjeringen.no

Jeg har også avgrenset oppgaven mot de tilfellene hvor det ikke er foreldre som er omsorgspersoner. Det kan for eksempel være besteforeldre eller andre familiemedlemmer. Jeg vil heller ikke ta for meg de tilfeller hvor Barnevernet har fratatt foreldrene foreldreansvaret, og Barnevernet har overtatt rollen som omsorgsperson til barnet.

Videre vil jeg heller ikke ta for meg i noen særlig grad de tilfeller hvor foreldrene ikke har vært samboere eller gifte. Foreldre som aldri har vært sammen etter at barnet ble født vil bare bli nevnt der det er nødvendig for forståelse av temaet.

Jeg legger til grunn i oppgaven at foreldrene har felles foreldreansvar. Jeg avgrenser også mot de tilfeller hvor en av foreldrene ikke stiller opp og ikke ønsker å ta ansvar for barnet. Mitt utgangspunkt er at begge foreldrene ønsker mest tid og mest ansvar for barnet.

Oppgaven vil videre bare omhandle foreldrenes felles barn, det vil si at særkullsbarn faller utenfor oppgaven.

1.3 Metode

1.3.1 Rettskildefaktorer

1.3.1.1 Barneloven

Rettsreglene om hvor barnet skal bo etter et samlivsbrudd finner vi i Lov av 8. april 1981 nr.7 om foreldre og barn, forkortet til bl. Barneloven trådte i kraft 1. januar 1982, og avløste Lov av 21. desember 1956 nr. 9 om barn født i ekteskap, og Lov 21. desember 1956 nr. 10 om barn født utenfor ekteskap. Barneloven av 1981 regulerer forholdet mellom barn og foreldre, og de rettigheter og plikter som gjelder. Loven har bl.a. regler om foreldreskap, foreldreansvar, barnets faste bosted, samvær, og saksbehandlingsregler.

En av de viktigste bestemmelsene i barneloven er § 48, som sier at avgjørelsen først og fremst skal være til det beste for barnet. Dette er et grunnleggende hensyn i Norge. Når det gjelder hvor barnet skal bo fast er det § 36 som får anvendelse. Barnelovens § 36 sier hva foreldrene eller retten kan bestemme når det gjelder hvem av foreldrene barnet skal bo hos eller om barnet skal bo hos begge foreldrene. Videre fremgår det i § 37 hvilke rettigheter og plikter bostedsforelderen har ovenfor barnet, dette er den såkalte bostedsmyndigheten. § 37 får derimot ikke betydning før etter at det har blitt bestemt hos hvem barnet skal bo.

Før foreldrene kan gå til sak og få tvisten løst av domstolene, må de har vært til mekling, jf. barnelovens § 51. Meklingen er tvungen for foreldre med felles barn under seksten år. Dette er uavhengig om foreldrene er enige eller ikke. Fra januar 2007 gjelder dette nå også for samboende foreldre med felles barn. Før lovendringen var dette ikke obligatorisk, men samboende foreldre fikk tilbud om mekling. Meklingens formål er å komme frem til en skriftlig avtale mellom foreldrene om hvor bl.a. barnet skal bo fast, jf. § 52.

Barneloven har vært endret mange ganger, noe som er bra siden samfunnet forandrer seg, og synet på forholdet mellom barn og foreldre har også endret seg over tid. Noen av de viktigste endringene kom inn i loven 13. juni 1997 nr. 97 om foreldreansvar og 20. juni 2003 nr. 40, som var nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene.

1.3.1.2 Forarbeider

De viktigste forarbeidene til barneloven slik den ble vedtatt i 1981 er NOU 1977: 35. Fordi barneloven har hatt mange endringer, totalt 38 endringslover³, har vi fått flere forarbeider til disse endringene som også er viktige, bl.a. Ot.prp. nr. 56 (1996-97) og NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker. Når man skal tolke en lov og finne ut hva som er formålet med

³ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s.2

loven, eller forstå hva lovgiver har ment med loven, er det nødvendig å gå til lovens forarbeider. Når det gjelder hvor barnet skal bo fast, og debatten om delt bosted er NOU 1998: 17 særdeles viktig. For min oppgave har også NOU 2008: 9 Med barnet i fokus vært en viktig kilde. Her fortsetter debatten om delt bosted og om domstolene skal kunne idømme delt bosted.

1.3.1.3 Rettspraksis

Domstolene behandler ca 2000 barnefordelingssaker hvert år, og en del av dem er ankesaker. Etter at det ble innført tvungen mekling for foreldre har nok det ført til færre rettssaker. Samtidig skal både advokatene, sakkyndige og dommeren prøve å få foreldrene til å inngå forlik, jf. barnelovens §§ 49 og 56. Det er rimelig å anta at tvungen mekling har ført til færre rettssaker.

De siste årene har det vært få barnefordelingssaker oppe til behandling i Høyesterett. Etter tvistelovens⁴ § 30-4 kreves det samtykke til anke til Høyesterett. Samtykke kan gis hvis det saken gjelder er av ”betydning utenfor den foreliggende sak”. I barnefordelingssaker beror avgjørelsen på hva som vil være det beste for det aktuelle barnet i den saken. En annen ting som gjør at slike saker ikke egner seg for Høyesterett er at foreldrene og barnet ikke selv møter foran Høyesterett, heller ikke andre vitner i saken. Et viktig argument for å nekte anken er at for barnets skyld bør ikke saken trekkes unødvendig ut. Barnet vil oppleve en barnefordelingssak som smertefullt og dramatisk. Barnets følelse av å bli dratt inn i kampen mellom foreldrene kan få uheldige konsekvenser for barnet. I dag er det stort sett bare saker som reiser prinsippspørsmål som slippes inn for Høyesterett. Resten av barnefordelingssakene blir nesten alltid nektet ankerett.

⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Det finnes få domsavgjørelser om delt bosted. Det henger naturligvis sammen med at domstolene ikke har tilgang til dette, men vi ser allikevel enkelte tilfeller hvor rettspraksis har idømt delt bosted, se RG 1990 s.1087.

I avgjørelser hvor domstolene skal vurdere hva som er det beste for barnet, eller hvem av foreldrene barnet vil få det best hos, vil tidligere rettsavgjørelser ha begrenset prejudikatverdi. Hver enkelt sak skal avgjøres etter en konkret vurdering. Det fremgår av Innst. O. nr.30 at det skal foreta en ”reell prøving” av det enkelte barns beste i hver sak. Hva som anses for å være barnets beste i en sak, trenger ikke nødvendigvis å være det beste i en annen sak. Tidligere rettspraksis kan få noe betydning hvis domstolene har drøftet momenter på generelt grunnlag. Ved å studere tidligere domsavgjørelser, kan det gi en veiledning om hva retten anser som barnets beste, og hvilke momenter de ofte vurderer. Derimot vil ikke ha gjennomslagskraft i den enkelte sak hvis momentene ikke stemmer overens med barnets beste i den aktuelle saken.

1.3.1.4 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur spiller en stor rolle når det gjelder barnets faste bosted, spesielt siden avgjørelsene er skjønnbasert og fordi tidligere rettspraksis har mindre betydning her enn på andre rettsområder. Kristin Skjørten har i boken ”Samlivsbrudd og barnefordeling” foretatt en grundig studie av domsavgjørelser hvor tvisten er hvor barnet skal bo fast. I 2008 ble det utgitt en ny utgave av Barneloven Lovkommentar av Inge Lorange Backer. Annen litteratur som har hatt særlig betydning for oppgaven min er ”Barn og foreldre” av Lucy Smith og Peder Lødrup.

1.3.1.5 Internasjonale konvensjoner

Barnekonvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989. Norge ratifiserte konvensjonen 8. januar 1991, og den trådte i kraft 7. februar 1991. Dette er den viktigste konvensjonen når det gjelder barns rettigheter i ulike livssituasjoner.⁵ I 2003 ble den inkorporert i norsk lov. Det vil si at den gjelder direkte som norsk lov, se Menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30 § 2. Ved motstrid med annen lovgivning i norsk rett og barnekonvensjonen, skal barnekonvensjonen gå foran, jf. § 3. Da Norge inkorporerte konvensjonen gikk man grundig gjennom barneloven for å se om noe måtte endres, slik at man kan unngå folkerettsbrudd og for å unngå motstrid mellom konvensjonen og norsk lov.

Den viktigste endringen ble gjort i barnelovens § 31 om barnets medbestemmelsesrett. Denne endringen tilsvarende Artikkel 12 i barnekonvensjonen. Artikkel 12 gir barn rett til å uttale seg i alle saker som vedrører dem, samtidig som de har rett til å bli hørt. En annen viktig bestemmelse er Artikkel 3, som går ut på at alle handlinger som vedrører barnet skal først og fremst tas i hensyn til barnets beste.

For å overvåke at medlemslandene ikke bryter med barnekonvensjon, har FN opprettet Barnekomiteen. Den består av atten sakkyndige personer som er valgt, se artikkel 43. Barnekonvensjonen er ratifisert av alle land i verden, med unntak av Somalia og USA. I Norge er det bl.a. Barneombudet og andre interesseorganisasjoner som følger med og sørger for at Norge følger Barnekonvensjonen.

⁵ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s.19

1.4 Enkelte begrepsforklaringer

1.4.1 Samlivsbrudd

Det oppstår et "samlivsbrudd" når to parter, gift eller samboende, flytter fra hverandre. Når partene er gift følger det av loven gitt i Lov 17. juni 2008 nr. 53 om ekteskap. Reglene der gjelder nå både for ekteskap mellom likekjønnede og ulikekjønnede par. Når to samboende parter går fra hverandre, gjelder Husstandsfelleskapsloven.⁶

1.4.2 Barnefordelingssak

Når det oppstår et samlivsbrudd og partene har felles barn, blir det bl.a. spørsmål om hvem skal ha foreldreansvaret og hvor barnet skal bo fast. I de alle fleste tilfeller kommer foreldrene til enighet om dette. I de tilfellene hvor foreldrene ikke klarer å bli enige, kan partene gå til sak, og få spørsmålet avgjort av domstolene, jf. barnelovens § 56. Det eneste vilkåret er at foreldrene først har vært i mekling, hvis barna er under 16 år, jf. 51.

1.4.3 "Barnets beste"

"Barnets beste" er et sentralt begrep innen familie- og barneretten. Man skal basere avgjørelsen av foreldreansvaret på hva som er det beste for barnet, noe som nå er nedfelt i barnelovens § 48 etter en lovendring i 2003. Prinsippet "barnets beste" gjelder alle avgjørelser som tas i en barnefordelingssak, som foreldreansvar, fast bosted og samvær. Det gjelder også for saksbehandlingen. Dette prinsippet er også nedfelt i FNs barnekonvensjon artikkel 3.

⁶ Lov om rett til felles bolig og innbo år husstandfelleskapet opphører 4. juli. Nr.45 1991

1.4.4 Foreldreansvar

Innholdet i foreldreansvaret finner vi i barnelovens § 30. Barnet har krav på omsorg, trygghet og kjærlighet fra foreldrene, dette er omsorgsplikten. Foreldreansvaret innebærer videre at man har en rett og en plikt til å ta avgjørelser på en rekke områder i barnets liv. Det kan være for eksempel medisinske forhold, hvor barnet skal gå på skole og andre generelle avgjørelser om hvordan barnet skal oppdras, som innetider, påkledning osv. De som har foreldreansvaret plikter å oppdra barnet forsvarlig og forsørge det. De skal også sørge for barnets utdanning etter beste evne.⁷

Økonomiske forhold faller utenfor foreldreansvaret. Barnet skal ha en verge for slike forhold, og det vil være foreldrene. Forholdet mellom barnet og vergen reguleres av vergemålsloven. Barnelovens §§ 31 – 33 setter også begrensninger for foreldrenes bestemmelsesrett, barnets medbestemmelsesrett.

Har foreldrene vært gift, vil de ha felles foreldreansvar etter samlivsbruddet med mindre noe annet blir avtalt, jf. § 34 andre ledd. Foreldrene kan avtale at en av foreldrene skal ha foreldreansvaret alene. De kan også velge å gå rettens vei for å få foreldreansvaret alene.

Hvis foreldrene har levd i samboerskap og har hatt samme folkeregistrert adresse, gjelder § 35 andre ledd. Bestemmelsen sier at foreldre som ”bur saman” har felles foreldreansvar. Etter ordlyden vil det si at samboende foreldre bare har felles foreldreansvar når de fortsatt bor sammen, men etter juridisk teori⁸ er det klart at dette også gjelder når samboende foreldre går fra hverandre.

⁷ www.paragrafen.no

⁸ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s. 330

Hvis foreldrene ikke tilfredsstiller rollen som foreldre, er det barnevernloven som setter den nedre grense for hva som kan tolereres. Retten til å bestemme over barnet opphører når barnet blir myndig. Myndighetsalderen i Norge er 18 år.

1.4.5 Bosted

Hvem barnet skal bo fast sammen med vil være opp til foreldrene selv å avtale, jf. barnelovens § 36 første ledd. Det kan avtales enten ett fast bosted eller delt bosted. Barnets faste bosted vil være der barnet tilbringer mesteparten av tiden sin, der barnet går i barnehage eller på skole. Den som barnet bor fast hos har også en særskilt bestemmelsesrett, den såkalte bostedsmyndigheten. Det vil si en rett til å ta avgjørelser om vesentlige sider ved omsorgen for barnet, som bl.a. hvilken barnehage barnet skal gå i og flytting innenlands. Bostedsmyndigheten er hjemlet i § 37. Selve begrepet ”delt bosted” forekommer ikke i barneloven, men det er hjemlet i barnelovens § 36 første ledd andre punktum. Når foreldrene velger delt bosted betyr det at barnet vil bo fast hos begge foreldrene, og foreldrene vil ha beslutningsmyndigheten sammen.

Det er mest vanlig i dag at barnet bor fast hos mor, men stadig flere barn, særlig eldre barn, bor også fast hos far.

1.4.6 Samværsrett

Den av foreldrene som ikke har barnet boende fast hos seg, kan og vil i de aller fleste tilfeller ha rett til samvær med barnet sitt. Samværsreglene er hjemlet i barnelovens kapittel seks, §§ 42-47. Saksbehandlingsreglene er de samme som ved foreldreansvaret og barnets fast bosted, se § 48 flg. Spørsmålet om samvær og hvor mye samvær som skal settes, er opp til foreldrene selv. Klarer ikke foreldrene å bli enige, kan en av dem velge å få domstolene til å avgjøre det, jf. § 56. Samværet kan i dag settes opp til 50 % enten av foreldrene eller domstolen, men det viser seg at det er unntakstilfeller hvor domstolene velger så mye samvær.

2 Historikk

Det er ingen tvil om at det har skjedd mange og betydelige endringer innenfor den typiske familien i de siste tretti årene. Det er særlig to endringer som er av betydning. Det ene er at flere og flere ekteskap og samboerskap ender med samlivsbrudd. Det andre er at man samtidig ser at flere velger å leve i samboerskap uten å være gift.⁹

Samlivsformene har endret seg. På 1950-60 tallet var ekteskapet helt dominerende. Barn vokste enten opp sammen med to gifte foreldre eller med en enslig mor, i unntakstilfeller enslig far. Å få barn utenfor ekteskap var ikke akseptabelt, og barnelovene fra 1956 skilte også mellom barn født i og utenfor ekteskap. I dag lever mange barn med foreldre som ikke er gift, og samboerskap er blitt en helt vanlig samlivsform. Det innebærer liten juridisk forskjell forholdet mellom barn og foreldre om foreldrene er gift eller ikke.

Vi ser at tallene for skilsmisse og samlivsbrudd har gått opp de siste årene. Det er langt flere samlivsbrudd i dag enn det var for noen tiår tilbake. Den typiske norske familien som man så på 1970-tallet, den typiske husmorfamilien eksisterer ikke lenger, i hvert fall i veldig liten grad. Husmorfamilien betydde at mor var hjemme med barna og tok seg av matlaging og stelling av huset, mens far var på jobb og tjente pengene. Færre kvinner tok også høyere utdanning. I 1965 var kun 14 % av alle mødre yrkesaktive, mens på 1980-tallet var den andelen gått opp til omtrent 50 %, og i dag er ca 80 % av alle kvinner yrkesaktive. Dette henger sammen med at kvinnene er blitt mer likestilt med mennene. Flere kvinner valgte å ta høyere utdanning og så begynne å jobbe, i stedet for å være hjemme med barna. Samtidig ble også barnehage tilbudet bedre. Tidligere var det vanskelig å få barnet i barnehage, på grunn av få plasser og at det var dyrt, mens i dag er de aller fleste barn i barnehage. Barnehagen er blitt et tilbud de fleste foreldre har råd til. I dag er

⁹ St.mld. nr.29 (2002-2003)

det heller motsatt, familiene har ofte ikke råd til at en av foreldrene er hjemme med barna. Samfunnet er blitt i større grad et såkalt "toinntektssamfunn".

I 1991 ble skolefritidsordningen innført. Dette gjorde at det ble lettere for kvinner å jobbe en lengre arbeidsdag, slik som mange menn også gjorde. Det betydde at kvinner kunne jobbe fulltid, og ikke bare deltid, selv om mange kvinner fortsatt i dag velger å jobbe deltid når barnet er lite. Kvinnene begynte å tjene mer penger, og var ikke lenger avhengig av mannens inntekt for å kunne forsørge seg og sine barn. Dette har ført til flere samlivsbrudd fordi kvinnen ikke lenger trenger å bli i ekteskapet av økonomiske grunner.

Det har også skjedd store endringer på hjemmefronten og arbeidsfordelingen hjemme. Det er ikke lenger slik at kvinner alene gjør alt hjemme. Selv om kvinner fortsatt utfører den største delen av husarbeidet, tar menn mer nå enn tidligere ansvar for matlaging og husarbeid. Aller mest ser man at menn tar mer ansvar for barna sine. Dette kommer også frem når foreldrene går fra hverandre, fordi mennene i større grad enn tidligere kjemper for fast bosted og mer samvær med barnet. Nå har nesten alle foreldre felles foreldreansvar, slik var det ikke tidligere.

Et av formålene med barneloven av 1981 var å likestille mor og far i forhold til barnet. Tidligere anså man at det var til barnets beste at barnet etter et samlivsbrudd ble boende sammen med mor. Aller mest gjaldt dette for de minste barna. I og med at mor var hjemme med barna, mens far var ute og jobbet, mente man at barna var mer knyttet til mor og var mer avhengig av mor enn av far. Man mente at mor hadde fortrinnsrett til barn under skolealder. Dette var den såkalte morspresumsjonen. Morspresumsjonen var lovfestet i den tidligere barneloven fra 1956 i § 8 annet ledd. Den sa at hvis barnet var lite, burde barnet bo hos moren. I barneloven av 1981 ble denne paragrafen ikke tatt med. I dag er det ikke lenger noen fortrinnsrett i barneloven for mor eller noen form for favorisering av mor.

Det har vært mye oppmerksomhet på farsrollen de siste årene. Barnet har behov for god kontakt med både mor og far. Menn ønsker nå å ta en større del av sine plikter som far, og er også i større grad klar over sine rettigheter som far. Det er viktig for barn å ha en mannlig rollemodell å identifisere seg med, og her har far en viktig rolle.¹⁰ Far har fått flere rettigheter i forbindelse med fødsel, og de aller fleste menn benytter seg av denne omsorgspermisjonen som i dag er to uker fra barnet er født. Vi har også fått såkalt ”pappapermisjon”, som i dag er minimum seks uker. De fleste menn velger å være hjemme sammen med barnet i de ukene, undersøkelser viser at ni av ti menn som har rett til ”pappapermisjon” bruker denne retten.¹¹ I dag er det også tillatt at far kan være lenger hjemme med barnet, mens mor går tilbake til jobb, slik at han overtar resten av svangerskapspermisjonen. Det er allikevel få barnefamilier som velger denne løsningen. Fedre bruker mer tid på barna sine enn noensinne, selv om fedrene også jobber mer i dag enn tidligere.¹² Vi ser også at etter skilsmisse og samlivsbrudd, fortsetter flere fedre å ta del i foreldreansvaret og barnets liv. Det har også utviklet seg flere såkalte ”fedregrupper”. Målet deres er fedrene skal bli likestilt med mor, og at barnet skal se far like mye som mor.

Som nevnt ovenfor, velger de fleste foreldre i dag å fortsette å ha felles foreldreansvar etter samlivsbrudd. Tidligere var det ofte slik at moren fikk foreldreansvaret og at barnet ble boende fast sammen med mor. Det var også slik at man ofte behandlet spørsmålet om foreldreansvar og barnets faste bosted under ett. Først behandlet retten hvem som skulle ha foreldreansvaret, og da ble barnet automatisk boende med den av foreldrene som fikk det ansvaret.¹³ I dag er det slik at de fleste foreldrene er enige om at de skal ha felles foreldreansvar for barnet, og at det er spørsmålet om hvor barnet skal bo fast de ønsker å få løst av domstolene samt omfanget av samværsretten.

¹⁰ St.meld. nr.29 (2002-2003) s.19

¹¹ www.ssb.no

¹² St.meld. nr.29 (2002-2003) s.19

¹³ Inge Lorange Backer, Barneoven Lovkommentar

Jeg nevnte ovenfor at barneloven ikke lenger favoriserer mor og at morspresumsjonen ikke eksisterer lenger. Dette gjenspeiler seg også i dagens rettspraksis. I de lagmannsrettssakene som Kristin Skjørten gjennomgikk i boken ”Samlivsbrudd og barnefordeling”, fikk mor medhold i at barna skulle bo hos henne i 48,8 % av sakene, mens fedrene fikk medhold i 44,2 % av sakene. I resten av sakene, 7 %, kom retten til at søskenflokkene skulle deles. Det var totalt 129 saker fra 1998-2000 som Skjørten gikk gjennom. Det viser her at domstolene i hvert fall ikke lenger holder tilbake med å la barnet bo fast hos far. Sandberg¹⁴ gikk gjennom 34 lagmannsrettsavgjørelser i 1984, bare et par år etter at den nye barneloven var trådt i kraft. Hun fant at far fikk omsorgen i 20 saker og mor i 14 saker. Lucy Smith¹⁵ fant i sine undersøkelser i 1973 at mor fikk barna i 30 saker og far i 16 saker. Selv om flere fedre på slutten av 60-tallet fikk omsorgen for barnet, er det ingen tvil om at morspresumsjonen i 1973 fortsatt var gjeldende rett. Resultatene i barnefordelingssaker forandret seg betraktelig etter at morspresumsjonen ikke lenger var å anse som gjeldende rett etter barneloven.

Selv om domstolene ikke ser ut til å velge mor noe særlig oftere enn far i en bostedssak, er dette fortsatt annerledes når foreldrene på egen hånd løser dette spørsmålet. Vi ser at barnet likevel i stor grad bor sammen med mor, i dag bor åtte av ti barn sammen med mor.¹⁶ Tidligere var dette tallet høyere. En undersøkelse fra 1997 viste at ca 90 % av barn ble boende fast hos moren.¹⁷ Antallet barn som bor hos far øker, og antallet barn som bor fast hos både mor og far har også hatt en kraftig økning de siste årene.

¹⁴ Kirsten Sandberg, Barnets beste, 1990

¹⁵ Lucy Smith, Foreldremyndighet og barnerett

¹⁶ www.regjeringen.no

¹⁷ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og foreldre, s.107

3 Barnets bosted, fast eller delt?

3.1 Innledning

Barnelovens § 36 gir regler om hvem av foreldrene barnet skal bo sammen med eller om barnet skal bo fast med begge. Paragrafen får mest betydning for foreldre med felles foreldreansvar. Hvis det foreligger aleneforeldreansvar kan også den forelderen bestemme at barnet skal bo fast med vedkommende.¹⁸ Videre får bestemmelsen anvendelse både for foreldre som flytter fra hverandre etter et samlivsbrudd og når foreldrene aldri har bodd sammen.

Når foreldrene har felles foreldreansvar innebærer det en myndighet til å treffe avgjørelser om barnets personlige forhold. Slike avgjørelser kan for eksempel være valg av type skole, samtykke til adopsjon, navnevalg, samtykke til medisinske inngrep, inn- og utmelding av trossamfunn, samtykke til inngåelse av ekteskap og ikke minst flytting med barnet til utlandet.

De aller fleste sakene som forelegges domstolene handler om hvor barnet skal bo fast og omfanget av samværsretten.

3.2 Ett fast bosted

Foreldrene kan avtale hvem av dem som skal ha barnet boende fast hos seg, jf. barnelovens § 36 første ledd første punktum. Det vil bety at de også må bli enige om en avtale om fast samvær mellom den andre forelderen og barnet, se § 43. Samværet kan som nevnt tidligere

¹⁸ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s. 334

settes helt opp til 50 % av barnets tid, men dette skjer ikke så ofte. Det er opp til foreldrene å avgjøre omfanget av samværsretten, jf. § 43 andre ledd.

Å ha barnet boende fast hos seg, har to forskjellige betydninger for forelderen. Den ene siden av dette betyr mer tid sammen med barnet enn samværsforelderen. Etter § 36 første ledd kan foreldrene avtale hvem av de som barnet skal "bu hos fast". Barnets faste bosted vil være der barnet tilbringer mesteparten av tiden. Det vil si mer enn 50 % av tiden. Det vil være der barnet tilbringer flest netter og har sin folkeregistrerte adresse.

Den andre betydningen av å ha barnet boende fast hos seg er at den forelderen kan treffe avgjørelser etter barnelovens § 37. Den lovbestemmelsen gir bostedsforelderen en såkalt bestemmelsesrett eller beslutningsmyndighet. Etter den bestemmelsen kan forelderen treffe avgjørelser som gjelder "vesentlige sider" av omsorgen til barnet, som om "barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu", men også andre avgjørelser som har betydning for barnets dagligliv. Her er det særlig flytteretten som medfører konflikter. Dette gjør at mange, særlig fedre, ønsker endring i avtalen. De vil enten at barnet skal bo fast hos dem, eller delt bosted.

Det å ha barnet boende fast hos seg medfører en del økonomiske fordeler. I dag er det slik at den som har barnet boende fast hos seg blir etter loven ansett som aleneforsørger og vil derfor ha krav på å motta visse offentlige fordeler. De ytelsene vil være uavhengig hvor mye samvær barnet har med den andre forelderen. En av fordelene er barnetrygd¹⁹ som man mottar hver måned til barnet er fylt atten år. Barnetrygden kommer til den adressen som barnet er folkeregistrert på. En annen fordel er at aleneforsørgeren blir lignet i skattekasse 2, som vil si en lavere skatteprosent enn klasse 1. Dette er en stor fordel for den av foreldrene som bor sammen med barnet. Vedkommende vil også motta barnebidrag fra samværsforelderen, men dette vil variere etter hvor mye samvær som blitt avtalt. Det er

¹⁹ Lov 8. mars 2002 nr. 4 om barnetrygd

økonomiske fordeler knyttet til å være bostedsforelderen. Ved delt bosted er dette ytelser som må deles, og barnebidrag vil falle bort. Dette kan være en grunn til at mange foreldre fortsatt velger ordningen med ett fast bosted og ikke delt bosted.

3.3 Delt bosted

3.3.1 Hva sier barneloven om delt bosted?

De aller fleste familier velger i dag å ha felles foreldreansvar for barnet sitt. Når det kommer til bostedsspørsmålet velger imidlertid fortsatt de aller fleste at barnet skal ha ett fast bosted, slik loven tillater etter § 36 første ledd første punktum. Barneloven tillater også at foreldrene kan velge en annen løsning, nemlig delt bosted for barnet, se § 36 første ledd andre punktum. Foreldrene kan avtale en slik ordning, og det innebærer at barnet vil bo fast to forskjellige steder. Det er opp til foreldrene hvordan de velger å praktisere denne ordningen. Det betyr ikke nødvendigvis at det må deles helt likt, men forholdsvis likt bør det vel være, hvis barnet skal anse begge bostedene som fast. Det kan for eksempel avtales at barnet skal bo annenhver uke hos mor og far, eller annenhver måned, eller at barnet skal bo de første fire dagene hos en og de siste tre dagene hos den andre. Loven legger som sagt her opp til avtalefrihet for foreldrene.

Dette er imidlertid bare den ene delen av delt bosted. Når foreldrene velger en slik løsning, får de også like rettigheter og plikter i forhold til barnet. De må ikke bare dele bostedet, men også beslutningsmyndigheten etter § 37. Det vil si at forskjellen mellom delt bosted og vanlig samvær trenger ikke nødvendigvis bety mer tid med barnet, fordi samvær kan settes helt opp til 50 % av tiden, men det er avgjørelsesmyndigheten som er det viktigste.²⁰

²⁰ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, s.19

Det kreves at foreldrene må kunne samarbeide når det kommer opp spørsmål om hvor barnet skal gå i barnehage, og alle andre praktiske og hverdagslige ting som berører barnet i det daglige liv. Det kan for eksempel være spørsmål om barnets kosthold, døgnrytme, hvilke fritidsaktiviteter som barnet skal delta på og lignende. Foreldrene vil ofte ha forskjellige meninger på disse områdene, og det er her viktig at foreldrene prøver å unngå tvister for barnets skyld. Når foreldrene velger denne løsningen, må det kunne forutsettes at de kan kommunisere med hverandre og har evnen til å samarbeide med hverandre.²¹ Foreldrene må også ha tiltro og respekt for hverandre som enkeltindivider og foreldre.

Det er ingen regler i barneloven om hvordan foreldrene skal fordele avgjørelseskompetansen mellom seg. Det må antas at de enten må bli enige om alle ting som berører barnet, som barnehage, klær, mat osv. De kan også avtale å dele bestemmelsesretten mellom seg, jf. Ot.prp. nr.56 (1996-1997). Foreldrene kan for eksempel avtale at de dagene barnet er hos den ene, er det også den forelderen som må bestemme over de dagligdagse problemene som berører barnet. Dette kan derimot medføre at barnet blir forvirret, særlig hvis foreldrene er svært ulike. Uansett hvordan foreldrene blir enige om å fordele beslutningsmyndigheten, er det ingen tvil om at foreldrene må ha mer hyppig kontakt med hverandre ved ordningen delt bosted enn ved ordningen ett fast bosted. Når det gjelder felles foreldreansvar, kan foreldrene ikke dele den avgjørelsesmyndigheten, her må avgjørelsene tas av foreldrene sammen.

Delt bosted innebærer en innskrenking i foreldrenes bestemmelsesrett. Dette betyr at en av foreldrene heller ikke kan ta med seg barnet og flytte hvor en vil innenlands. For at en slik ordning skal fungere godt for barnet og være det beste for barnet, er det nødvendig at foreldrene bosetter seg i samme miljø, i hvert fall tilnærmet samme miljø. Hvis det er snakk om veldig lange avstander, må barnet gå på to forskjellige skoler og det vil også innebære to vennekretser, noe som kan medføre at barnet ikke vil føle seg helt hjemme noen av stedene.

²¹ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s.334

Denne ordningen, og som med alle andre avgjørelser som tas for barnet, skal tas fordi det er den som vil være det beste for barnet. Det må ikke være fordi det er det beste for mor og far, eller en slags kompromissløsning mellom foreldrene. Når foreldrene velger å dele ansvar og bosted, må de gjøre det de kan for å skape stabilitet og trygghet for barnet.

Når loven oppstiller full avtalefrihet mellom foreldrene, så lenge det er til barnets beste, må man anta at foreldrene kan gjøre andre avtaler enn det som fremgår av loven, dette fremgår av NOU 2008: 9. Det kan for eksempel hende at foreldrene vil at barnet skal bare ha ett fast bosted, men at begge skal ha avgjørelseskompetansen som § 37 gir. Det vil kanskje være lettere å akseptere at barnet skal bo fast hos den andre, hvis det ikke reduserer vedkommendes avgjørelseskompetanse, som delt bosted gir begge foreldrene.²²

Ordningen med delt bosted kan også være lettere å gjennomføre når barnet er eldre. Barn under tre år vil ikke huske konkret når det er hos mor eller far. Først når barnet har utviklet hukommelse og språk bør delt bosted være aktuelt. For yngre barn kan to hjem også være mer krevende, og de krever ofte mer trygghet og stabilitet enn eldre barn.

Det kan være tilfeller hvor delt bosted ordningen ikke lenger fungerer for familien, for eksempel på grunn av at en ønsker å flytte, eller at barnet finner det vanskelig å bo like mye to steder. I mange tilfeller klarer fortsatt foreldrene å finne nye gode løsninger for barnet på egen hånd. Hvis ikke, kan en av foreldrene eller begge gå til sak for å få ordningen opphørt.

Det er helt klart at for mange familier fungerer løsningen delt bosted. Som tidligere nevnt ser man en økning av familier som velger denne løsningen fordi de mener den er til barnets beste, og samtidig det beste for familien som helhet. Noen forutsetninger må derimot foreligge for at en slik ordning skal fungere. Foreldrene må som sagt kunne samarbeide.

²² NOU 2008: 9 Med barnet i fokus

Hvis det er høyt konfliktnivå mellom foreldrene, noe det ofte vil dessverre være etter et samlivsbrudd, vil denne ordningen fungere dårlig og det vil gå utover barnet. Forskning viser at barn som har delt bosted og hvor det er konfliktfyllt, faktisk lider mer enn barn som har ett fast bosted og samvær med den andre forelderen. For det andre bør foreldrene bo i nærheten av hverandre, slik at barna føler seg hjemme på begge stedene, og at oppveksten til barnet ikke føles som flytting fra et sted til et annet hele tiden. Det tredje er at dette bør også være noe barnet selv ønsker. Mange barn vil foretrekke en slik løsning fordi det vil gi nærmere kontakt med begge foreldrene, og de vil være en del av foreldrenes hverdagslige liv. Andre barn ønsker heller et fast bosted, slik at vedkommende ikke må bo en uke et sted og en uke et annet sted. Uansett så må familien sammen finne ut av hva som vil være det beste for barnet.

Det er ingen tvil om at det etter et samlivsbrudd kan foreligge dype og veldig vonde konflikter mellom foreldrene. Det er flott når foreldrene da allikevel klarer å sette til side de konfliktene de har mot hverandre, og faktisk på egen hånd se at det beste for barnet er å ha mest mulig nær kontakt med begge foreldrene. Enten det betyr ett fast bosted med mye samværsrett for den andre forelderen eller at barnet bor fast hos begge foreldrene.

3.3.2 Hva kan domstolene bestemme?

Domstolene kan per i dag ikke avgjøre om barnet skal ha delt bosted. Dette fremgår klart av barnelovens ordlyd i § 36 siste ledd, som først ble lovfestet i 1997.²³ Før 1997 var barneloven taus på det området. Man anså det Høyesterett hadde sagt i Rt. 1986 s. 313 som gjeldende rett. Det kom frem i dommen at Høyesterett mente at loven ikke bør tolkes slik at foreldrene kan pålegges delt bosted, heller ikke lovens ordlyd eller lovens forarbeider kunne tolkes slik.

²³ Lov av 13. juni 1997 nr. 39

Når foreldrene ikke kan bli enige om bostedsspørsmålet og saken bringes inn for retten, må domstolene velge en av foreldrene som barnet skal bo sammen med. Dette gjelder i alle tilfeller, også der hvor en av partene ønsker delt bosted. Begge partene må være enige om delt bosted. Dette gjelder også for de tilfellene hvor foreldrene allerede har avtalt delt bosted på et tidligere tidspunkt, men hvor den ordningen ikke lenger fungerer og en av foreldrene ønsker at ordningen skal opphøre. Domstolene kan heller ikke stadfeste delt bosted. Retten må her velge mellom foreldrene og bestemme hvor barnet skal bo fast.²⁴ Dette er kanskje å foretrekke, fordi når foreldrene ikke klart dette tidligere, er det ikke noe som tilsier at de vil klare det hvis domstolene påla dem å fortsette ordningen med delt bosted.

4 Debatten rundt delt bosted

4.1.1 Innledning

I de siste 10-15 årene har det vært mye debatt om delt bosted. Debatten har foregått både på Stortinget, blant politikere og de forskjellige partiene, men også ute blant foreldre, interessegrupper og fagfolk. Dette er spørsmål som kommer opp hver gang barneloven skal endres. Vi ser også at spørsmålet ofte kommer opp i media, bl.a. på forskjellige tv-debattprogrammer. I de siste årene har det vært en særdeles stor fokusering på fedrene og likestillingen mellom mor og far. Selv om barneloven ikke lenger har noen ”morspresumsjon”, føler mange fedre seg diskriminert. Det har skjedd mange endringer i barneloven som nå gir fedrene en styrket posisjon, men allikevel bor de aller fleste barn hos mødrene. En annen grunn til denne debatten er at man nå legger til grunn at det beste for barnet er å ha nær kontakt med begge foreldrene og at begge har ansvar for den daglige omsorgen.

²⁴ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 83

Etter initiativ fra barneminister Karita Bekkemellem(tidligere barneminister), oppnevnte Regjeringen et utvalg som skulle vurdere om barneloven bør endres og komme med lovendringsforslag. Utvalget var ledet av Asbjørn Strandbakken, professor dr. juris ved Universitetet i Bergen. Et av temaene i utredningen var spørsmålet om delt bosted. NOU 2008: 9 Med barnet i fokus ble sendt på høring, både til offentlig og private institusjoner, i tillegg til flere departementer. Den ble også sendt på høring til forskjellige interessegrupper, som bl.a. Advokatforeningen, Aleneforeningen, Barneombudet, Foreningen for 2 Foreldre og Redd Barna. Høringsrunden ble avsluttet 1. september 2008. Lovendringsforslaget skal opp til ny behandling våren 2009.

Det var to problemstillinger angående delt bosted som utvalget vurderte. Det ene var om § 36 bør endres slik at delt bosted blir hovedregelen etter samlivsbrudd. Den andre problemstillingen var om domstolene skal ha adgang til å avgjøre at barnet skal ha delt bosted, selv om en eller begge foreldrene ikke ønsker det.

4.1.2 Bør delt bosted bli lovens utgangspunkt?

I dag er lovens utgangspunkt ett fast bosted, og delt bosted kan anses som en sekundær løsning. Mange mener at dette bør endres. Det kan for det første endres ved at barneloven ikke lenger har ett fast bosted som utgangspunkt, men at foreldrenes avtalefrihet skal være utgangspunktet. Det betyr at loven blir nøytral i forhold til hvilken bostedsform som er å foretrekke. Andre mener at det vil være bedre for barnet om loven har delt bosted som lovens utgangspunkt. De ønsker at delt bosted skal være hovedregelen etter et samlivsbrudd, og at ett fast bosted skal være unntaket.

Nyere forskning og undersøkelser viser at delt bosted kan fungere bra mellom mange foreldre. Kristin Skjørten²⁵ kom til samme konklusjon i sin undersøkelse fra 2007. Dette er den første undersøkelsen som er gjennomført i Norge om delt bosted. Både barn og foreldre ble intervjuet. Barna var fra åtte til atten år gamle. Skjørten konkluderte i undersøkelsen videre med at denne ordningen vil kanskje ikke fungere for alle barn. Selv om de aller fleste foreldrene var fornøyd med ordningen delt bosted, var det også noen som syntes det var problematisk. Selv om det fungerer for ett barn, betyr ikke det at nødvendigvis fungerer for de andre søsknene. Utvalget i NOU 2008: 9 la betydelig vekt på denne undersøkelsen.

Utvalgets delte seg i dette spørsmålet. Flertallet mente at barneloven ikke bør ha noe utgangspunkt om barnets bosted. Den bør fremstå som nøytral, og sidestille begge løsningene. Mindretallet, som besto av en person, mente at delt bosted bør være lovens utgangspunkt fordi dette sikrer barnet mest nær kontakt med begge foreldrene. Mindretallet mente man bør kunne forvente at selv om foreldrene ikke lenger bor sammen, må de allikevel gjøre det som er det beste for barnet.

Konklusjonene til de forskjellige høringsinstansene har vært forskjellig. Aleneforeldre foreningen²⁶ er enig med flertallet i utvalget, og mener man bør være varsom med å la barneloven gi uttrykk for hvilken bostedsform som er å foretrekke. Foreningen 2 Foreldre²⁷ er enig med mindretallet, og mener at lovens utgangspunkt bør være delt bosted. Foreldre som ønsker dette delt bosted, kan avtale noe annet.

Lovendringen som utvalgets flertall har foreslått vil kanskje føre til at flere familier velger delt bosted, men så lenge foreldrene fortsatt kan velge fast bosted, vil ikke denne endringen utgjøre så stor forskjell fra det dagens lov sier. Det vil fortsatt være opp til foreldrene å

²⁵ Skjørten, Kristin, Rolf Barlindhaug og Hilde Lidèn: Delt bosted for barn, Oslo 2007

²⁶ Aleneforeldreforeningen høringsvar til NOU 2008: 9

²⁷ Foreningen 2 Foreldre Høringsuttalelse til NOU 2008: 9

velge den løsningen de mener er best for barnet. Jeg er enig med mindretallet når hun sier at man bør forvente at foreldre vil gjøre det som er best for barnet. Å få barn er en livslang forpliktelse, som ikke tar slutt fordi ekteskapet tar slutt. Det betyr ikke at delt bosted vil være den beste løsningen i alle tilfeller. Jeg mener det er viktig at loven er nøytral, og at loven ikke gir uttrykk for at en bostedsform er foretrukket over en annen. Hovedregelen bør være at foreldrene må finne den løsningen som best passer for barnet, og for familien som helhet.

4.1.3 Bør domstolene kunne pålegge delt bosted?

4.1.3.1 Innledning

Før man svarer på det spørsmålet er viktig å fastslå hva det vil si at domstolene har denne retten. I dag kan bare delt bosted avtales mellom foreldrene, det vil si at begge må være enige om det. Hvis domstolene skal kunne pålegge delt bosted, vil det innebære at de kan bestemme at foreldrene sammen skal ha avgjørelseskompetanse, selv om en eller begge foreldrene er imot dette. Delt bosted innebærer en vesentlig innskrenkning i den bestemmelsesrett som ellers følger av å ha barnet boende fast hos seg.²⁸

Domstolene kan i dag sette samværet med den forelderen som ikke har barnet boende fast hos seg opp til 50 %, uten at foreldrene er enige om dette. Når domstolene allikevel kan gjøre dette, spør det om delt bosted vil ha noen konsekvenser bortsett fra delt avgjørelseskompetanse. Det er veldig få domsavgjørrelser hvor domstolene har satt samværet til 50 %, det er snakk om unntakstilfeller. Grunnen til det kan være at domstolene vil være forsiktige med pålegge en ordning som ligner på delt bosted, siden de etter lovens § 36 ikke har den retten. Noe som kan bli sett på som en omgåelse av loven.²⁹

²⁸ NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker

²⁹ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus

4.1.3.2 Forskning

Det finnes mye forskning om delt bosted hvor foreldrene selv har valgt å avtale dette, og det ser ut til å fungere godt. Når det gjelder forskning og studier av domspålagt delt bosted finnes det lite materiell. Det meste av forskningen kommer fra USA, fordi det ellers er få land i verden som tillater domstolene å bestemme at delt bosted skal finne sted. Trude Haugli³⁰ skriver at erfaringene fra domspålagt delt bosted viser at det fungerer mye dårligere enn når foreldrene selv har valgt dette. Forskning viser at det er en forutsetning at det er ønskelig fra begge partene hvis delt bosted skal fungere godt. Videre fant Haugli at retten i noen tilfeller trodde at partene ville begynne å samarbeide fordi de ble pålagt tvungent delt bosted, men det viste seg at det ikke skjedde. Undersøkelsen viste også at barn som vokste opp i to konfliktfylte hjem fikk det vanskeligere enn barn som bodde fast sammen med en av foreldrene. Også andre lignende undersøkelser er blitt gjort, og forskningen viser at man bør være forsiktig med å innføre tvungen delt bosted. Det kan vise seg å få flere negative konsekvenser enn positive for barnet.

4.1.3.3 Hensyn for og imot at domstolene skal kunne pålegge delt bosted

Det første hensynet som gjør seg gjeldende er hensynet til barnets kontakt med begge foreldrene. Det har hele tiden vært hovedargumentet for at domstolene bør gis en adgang til å idømme delt bosted. Delt bosted vil gi barnet mer nær kontakt med begge foreldrene, og barnet vil være en del hverdagen til begge foreldrene, og begge foreldrene vil fortsette å ta del i hverdagen til barnet. Barnet vil kanskje heller ikke føle at det mister en av foreldrene, noe som ofte kan være det vondeste for barnet når foreldrene går fra hverandre. Flertallet fra utvalget i NOU 1998: 17 mente at dette kunne bli ivaretatt gjennom en utvidet samværsrett, som domstolene har rett til å utvide selv om foreldrene ikke er enige. Hvis

³⁰ Trude Haugli, Delt omsorg for felles barn ved samlivsbrudd, 1994

man bare skal se på dette hensynet isolert sett, trekker det i retning av at domstolene bør gis en slik adgang.

Et annet hensyn er foreldrenes vilje og evne til å samarbeide. All forskning viser som nevnt ovenfor at det er en forutsetning at foreldrene må samarbeide for at en slik løsning skal fungere. Ved høyt konfliktnivå kan delt bosted skade barnet mer enn det vil gjøre barnet godt. Barnet bør ikke bo med fast med begge foreldre til enhver pris. Å gi adgang til å idømme delt bosted, kan føre til at domstolene også gjør det hvor foreldrene ikke ønsker det og når det ikke foreligger samarbeidsvilje mellom foreldrene. Dette kan særlig skje i de tilfeller hvor foreldrene er begge skikket til å ha barnet boende hos seg, og det er vanskelig for dommeren å treffe en avgjørelse. Dette taler mot at man bør være forsiktig med å gi domstolene en slik adgang.

Et tredje hensyn er rettferdighetsbetraktninger. Delt bosted kan føles rettferdig for foreldrene, ingen vinner og ingen taper saken. Det blir en slags mellomløsning når begge foreldrene ønsker barnet boende fast hos seg. Dette kan bli en kompromissløsning mellom foreldrene som domstolene kan være fristet til å velge, og hvor barnets beste som overordnet hensyn kommer i bakgrunnen av et rettferdig resultat for foreldrene. En annen sak er at dette kan gi uriktige avgjørelser, fordi domstolene må ta et valg, og det kan være fristende å velge delt bosted når foreldrene fremstår ganske likt. Etter Smith og Lødrups syn har slike hensyn til foreldrene ingen ting å gjøre i en barnefordelingssak.³¹ I NOU 2008: 9 foreslår utvalget at det må være en forutsetning at barnets beste fortsatt skal være det avgjørende kriteriet i barnefordelingssaker. Hvis delt bosted skal pålegges, må det begrunnes med at det er det beste for barnet, og ikke en mellomløsning for foreldrene.

Det kan også bli spørsmål om politiske hensyn. Det er her hensynet til likestilling mellom mor og far særlig kommer inn. Dette er også grunnen til at mange politikere og

³¹ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og foreldre, s.131

interesseorganisasjoner, som for eksempel Foreningen 2 Foreldre, ønsker å endre den nåværende loven. Det er spesielt fedrene som føler seg diskriminert, og mange fedre føler seg frarøvet retten til sine egne barn.³² Både Barneombudet og Aleneforeldreforeningen mener at barnerett og likestilling mellom kjønn ikke må gå på bekostning av barnets beste.

En annen ting er at å pålegge foreldrene delt bosted mot deres vilje, kan få alvorlige konsekvenser for foreldrene, som igjen gjør at det kan gå utover barnet. Tvungent delt bosted vil bety at foreldrenes flytterett vil bli begrenset, fordi det vil kreve at den andre forelderen godtar en slik flytting. Det kan være mange grunner til at en av foreldrene ønsker å flytte. En viktig grunn vil være på grunn av økonomiske grunner. Hvis en av foreldrene mister jobben og jobbmarkedet er trangt på det stedet hvor familien bor, har kanskje ikke denne forelderen noe annet valg enn å flytte. Foreldrene må jo kunne forsørge barnet og seg selv. At domstolene skal kunne legge en så stor begrensning på foreldrene stiller jeg meg skeptisk til.

Målet med barneloven er at foreldrene etter et samlivsbrudd skal kunne løse de konfliktene det medfører og på egen hånd komme frem til en avtale om felles barn. Hvis loven åpner for en slik adgang for domstolene, kan det medføre at det vil bli flere saker forelagt retten. Katrin Koch³³, som er sakkyndig psykolog, mener at det har vært en økning av saker forelagt retten hvor foreldrene ønsker å få ordningen delt bosted opphørt. Selv om det bare er ca 10 % av foreldrene som velger delt bosted som løsning, sier Koch at det nå utgjør 25 % av alle barnefordelingssakene hennes. Det er rimelig å forvente at antall rettssaker vil gå opp hvis retten kan idømme delt bosted, fordi foreldrene ikke er fornøyd med ordningen delt bosted.

³² Uttalelse fra Karita Bekkemellem (AP) på www.aftenposten.no

³³ www.aftenposten.no

Det beste for barnet er at foreldrene kan finne ut av dette selv, eller gjennom mekling. Når foreldrene ikke har klart å bli enige gjennom mekling, kan det tyde på at konfliktnivået mellom dem er høyt. En rettssak tar både tid og penger, og bør unngås hvis mulig. Faren ved å tillate domstolene en slik rett, kan være at de foreldrene som tror at dommeren ikke vil la barnet bo fast hos seg, kan se det som lettere å gå til sak med en anførsel om delt bosted.

4.1.3.4 Utvalgets konklusjon

Utvalgets flertall som besto av syv personer, mente at domstolene skal kunne pålegge delt bosted. Flertallet mente bl.a. at det ikke foreligger grunn til at domstolene skal være helt avskjæret fra å idømme delt bosted, selv om noen forutsetninger bør være tilstede. De mente også at det ikke er fornuftig at lovgiver setter ramme for hva domstolene kan prøve. Argumentet med at dommeren kan sette opptil 50 % samvær ble også brukt, her som i NOU 1998: 17. Foreningen 2 Foreldre er her enig med utvalgets flertall.³⁴

Utvalgets mindretall som besto av fire personer, mente at ikke bør skje noen endring i rettstilstanden i dag, domstolene bør ikke ha en slik adgang. De begrunnet konklusjonen med bl.a. at det kan føre til flere rettssaker. Mindretallet mente også at den reelle betydningen av delt bosted ikke nødvendigvis innebærer mer tid med barna, derfor er dette spørsmålet mer for foreldrene enn barna. De mente at konsekvensene av tvungen delt bosted kan bli store for barn hvis foreldrene ikke klarer å samarbeide. De mente også at rettferdshensyn og likestilling ikke kan overskygge barnets beste. Flere høringsinstanser var enige med mindretallet, bl.a. Aleneforeldreforeningen, Barneombudet og Advokatforeningen.

³⁴ Foreningen 2 Foreldre høringsuttalelse til NOU 2008: 9

De aller fleste foreldre vil unngå å måtte gå til sak om hvor barnet skal bo. Det er derfor rimelig å anta at de tilfellene som må løses i retten, vil være de vanskeligste og mest konfliktfylte sakene. Det vil si at barnet allerede her lider fordi foreldrene ikke klarer å bli enige. Det er etter min mening vanskelig å skjønne hvordan tvungent delt bosted skal gjøre konflikten mindre. Jeg mener at problemene kan derimot bli større og det kan vise seg at en slik ordning blir verre for barnet enn ellers. Fagfolk, forskning og utvalgets flertall er enig om at det må foreligge visse forutsetninger for at delt bosted bør være løsningen, og det viktigste er godt samarbeid mellom foreldrene. Det er nok mest sannsynlig at foreldrene ikke vil klare å samarbeide sammen om spørsmål rundt barnet, når de ikke klarer å bli enige gjennom tvungen mekling. Der hvor foreldrene har valgt en slik ordning og det fungerer meget bra, mener jeg at dette nettopp er fordi det er de selv som har valgt denne løsningen, og ikke domstolene.

Det foreligger ingen tvil om at kampen om likestilling mellom kjønnene er viktig både for foreldrene og forholdet mellom barn og foreldre, særlig barn og fedre. Det er viktig at foreldrene fremstår som likeverdige foreldre. Det er imidlertid ikke riktig etter min mening å la likestillingshensyn gå foran hensynet til barnets beste. Stig Rusten, som er leder i Aleneforeldreforeningen, mener at å åpne for tvungent delt bosted vil være å ”ofre barna for likestillingen”.³⁵ Det er positivt at flere fedre viser sterkere interesse for barna sine, men på en annen side er det merkelig at de setter sine egne behov for likestilling foran barnas behov. Både fagfolk og den forskingen som er blitt gjort, viser at å pålegge foreldre delt bosted når de ikke ønsker det, kan få alvorlige konsekvenser for barnet. Dr. philos Odd Arne Tjersland skriver i en artikkel om delt bosted at i tillegg til flere konflikter og rettssaker en slik lovendring kan medføre, er det også en ”grov overstyring av livet til norske barnefamilier”.³⁶

³⁵ www.aleneforeldreforeningen.no

³⁶ Dr. philos Odd Arne Tjersland, ved psykologisk institutt (UIO), ”Påtvungen delt omsorg vil gi flere ulykkelige barn”

5 Prinsippet om barnets beste

5.1 Innledning

Barnelovens kapittel syv inneholder saksbehandlingsregler for konflikter om foreldreansvaret, bosted og samvær. Ved lovendring 20. juni 2003, som trådte i kraft 1. april 2004 ble alle lovens saksbehandlingsregler for saker om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samvær samlet i kapittel syv. Det fremgår av § 48 at alle avgjørelser som vedrører barnet skal tas til barnets beste. Før denne endringen i 2003 var dette prinsippet lovfestet i de enkelte bestemmelsene. Selv om man kan si at § 48 var en videreføring av gjeldende rett, omfatter den også til dels nye regler. Prinsippet var bl.a. ikke uttrykket i den tidligere bestemmelsen om foreløpig avgjørelse, § 38.

Videre fastslår bestemmelsen i § 48 at barnets beste er det styrende kriteriet, og at alle avgjørelser etter barneloven kapittel 5-7 skal tas etter det hensynet. Formålet med den nye bestemmelsen var å poengtere at barnets beste er et overordnet hensyn, og samtidig gjøre loven mer oversiktlig. I Odelstingproposisjonen³⁷ utalte en av høringsinstansene bl.a. at ”det er viktig at foreldrene lett kan finne frem til og sette seg inn i reglene som kommer til anvendelse ved en barnefordelingssak, uten å henvende seg til advokat.”

Barnets beste skal gjelde både for den materielle avgjørelsen, som for eksempel hvor barnet skal bo fast, og for saksbehandlingen.

³⁷ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.26

5.2 Hva menes med "barnets beste"?

I § 48 står det at avgjørelser som gjelder barnet skal "først og fremst rette seg etter det som er best for barnet". I lovens forarbeider står det bl.a. hensynet til barnets beste skal være et overordnet hensyn.³⁸ Gjeldende rett er i dag at alle avgjørelser, enten det gjelder foreldreansvaret, bostedsspørsmålet eller samværsretten, skal tas i hensyn til barnets beste. Dette gjelder enten det er foreldrene selv som tar avgjørelsene etter et samlivsbrudd, eller domstolene.³⁹ Hensynet til barnets beste gjelder også ved meklingen. Denne regelen gjelder for alle som er involverte i en barnefordelingssak, som advokater, dommere, sakkyndige etc.

At man skal tillegge barnets beste i en sak, er noe de fleste vestlige land også har som regel. "Barnets beste" blir et tolkningsprinsipp og et moment i en skjønnsmessig helhetsvurdering, som må avgjøres i den enkelte sak.⁴⁰ Det fremgår av § 48 at man skal "først og fremst" vektlegge barnets beste. Det betyr at man kan ikke utelukke at andre hensyn også kan være med i avgjørelsen. Det avhenger av hvor sterkt hensynet til barnets beste taler for en annen løsning.

Hva forstås så med begrepet "barnets beste"? Det er veldig generelt prinsipp, som kan endre seg med tiden, i tråd med ulike verdioppfatninger i samfunnet. Det som man anså som å være det beste for barnet for tjue år siden, er ikke nødvendigvis å anse lenger som det beste. Hva som er best for barnet må også vurderes i forhold til det enkelte barn. Barneloven har ikke sagt noe mer konkret i § 48 om hva som er "det beste for barnet", og det gir heller ingen veiledende momenter. I NOU 2008: 9 står det at "Tanken har vært at en slik angivelse kan ta fokus bort fra hovedreglen om en konkret vurdering av forholdene i

³⁸ NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker, kap.7, s.46

³⁹ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.26

⁴⁰ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, kap.6, s.37

det enkelte tilfelle”.⁴¹ Hva som er ”barnets beste” i et tilfelle, er ikke nødvendigvis det beste for et annet barn. Man må derfor vurdere hvert enkelt tilfelle individuelt, og uti fra barnets bakgrunn og forutsetninger.⁴² Hva som er barnets beste kan også være forskjellig på kort og lang sikt.

Problemet med et så generelt prinsipp er at det lett kan skape usikkerhet og gi uvisshet om hva som skal til og hva som kreves for at barnet skal bo fast hos en av foreldrene. Kirsten Sandberg har også hevdet at det kan være vanskelig å unngå rettens personlige meninger og holdninger fordi prinsippet er så åpent og generelt.⁴³

Hva som er til barnets beste vil variere etter hva slags sak man står ovenfor. Vurderingstemaet er noe forskjellig, enten det er sak om samværsrett eller hvor barnet skal bo fast. Når retten skal ta stilling til hvem barnet skal bo fast hos, må de bygge på prognoser om hvordan barnets levekår vil bli og så velge den av foreldrene som de mener vil være til barnets beste.

5.3 Barnekonvensjonen

I 2003 inkorporerte Norge barnekonvensjonen. Det betyr at Norge er bundet til å følge de rettighetene og pliktene som følger av den konvensjonen. Barnekonvensjonen er inntatt i Norges Lover under Menneskerettsloven av 1999. Ved konflikt skal barnekonvensjonen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3.⁴⁴ Artikkel 3 i Barnekonvensjonen inneholder en prinsipperklæring om at barnets beste skal komme i første rekke ved alle handlinger som

⁴¹ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, kap.6, s.37

⁴² Inge Lorenge Backer, Barneloven Lovkommentar, s.469

⁴³ Kirsten Sandberg, Barnets beste, s.106

⁴⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai Nr. 30 1999

berører barn. Prinsippet ble første gang nedfelt i 1959, da Deklarasjonen om barnets rettigheter ble vedtatt av FN. Som med barnelovens § 48, gir heller ikke artikkel 3 noen henvisning på hva som vil være barnets beste, og også her vil det være en konkret vurdering fra sak til sak. I praksis vil domstolene utvikle antagelser og standarder for hva som er best for barn.⁴⁵

Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn bak enhver avgjørelse som vedrører barn. I noen tilfeller kan barnets beste komme i konflikt med andre interesser. Ut fra ordlyden i konvensjonen ser vi også at barnets beste er ikke det eneste hensynet som det kan legges vekt på, det kan også være andre motstridende hensyn. I den engelskspråklige originalteksten fremgår det at barnets beste skal være "a primary consideration". Det var et bevisst valg å velge "a" fremfor "the" i teksten. Dette var for å fremheve at selv om det primære er hensynet til barnets beste, vil ikke det alltid være det eneste hensynet som man vurderer.⁴⁶ Barnelovens § 48 utelukker heller ikke at andre hensyn kan vektlegges i en avgjørelse om barnet, jf. ordlyden "først og fremst" i første ledd.

6 Momenter som domstolene vektlegger ved bosted

6.1 Innledning

Når foreldrene ikke klarer å bli enige om det beste for barnet, må man bringe saken til retten. Det er ca 2000 slike saker hvert år. Det sier seg selv at slike saker er veldig vanskelige og følelsesmessig vonde. Det beste vil være om foreldrene kan mekle sammen, med eller uten sine advokater, og bli enige om en avtale før saken bringes skal opp til behandling av domstolene. Barneloven har i § 49 lovfestet en plikt for advokatene til å

⁴⁵ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, vedlegg 1, s.105

⁴⁶ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, vedlegg 1, s.104

prøve å få til en løsning. Når det gjelder tidligere domstolsavgjørelser, vil det ha relativt liten verdi for andre avgjørelser i senere tid. De har liten verdi som prejudikater, med mindre de forkaster et moment eller åpner for visse momenter på generelt grunnlag. Men ved å studere tidligere rettsavgjørelser, kan man se hvilke momenter som retten ofte vektlegger i en barnefordelingssak. Det betyr ikke at det ikke kan foreligge andre momenter enn de som jeg tar for meg her.

Når retten tar en beslutning om hvor barnet skal bo fast, bygger de på prognoser om hvordan barnets levekår vil bli hvis barnet blir boende hos den ene eller den andre forelderen. Retten må prøve så godt dem kan å vurdere hvor barnet vil få det best, både på kort og langt sikt. Dette kan være veldig vanskelig. Domstolene må foreta en helhetsvurdering, og det er gjerne ikke bare et moment som blir avgjørende.

6.2 Miljøskifte og status quo prinsippet

Miljøskifte og status quo prinsippet er nok det mest brukte argumentet i en barnefordelingssak og er fortsatt et viktig argument i rettspraksis. Det fremgår av en undersøkelse foretatt av Kristin Skjørten.⁴⁷ Prinsippet legger til grunn at det ikke er til barnets beste å måtte flytte fra det miljøet som barnet allerede er i. Man sier at det beste for barnet er å opprettholde status quo, situasjonen slik den er.

Det må skilles mellom det indre og ytre miljø.⁴⁸ Med det indre miljøet tenker man bl.a. på skifte av omsorgsperson, og hjemmet som barnet har vokst opp i. Det ytre miljøet vil være andre familiemedlemmer og slekt, skole og barnehage, og ikke minst barnets kontaktnett som venner. Barnets fritidsaktiviteter regnes også som en del av det ytre miljø.

⁴⁷ Kristin Skjørten, Samlivsbrudd og barnefordeling, s.73 flg

⁴⁸ Kristin Skjørten, Samlivsbrudd og barnefordeling, s.73 flg

Når man vurderer et slikt moment, ser man på selve risikoen av miljøskifte. Man ser på hvor lenge barnet har bodd i det miljøet og hvor lang tid det har gått siden samlivsbruddet. Jo lengre tid, jo sterkere blir argumentet mot miljøskifte. Man ser også på hvor forskjellig det andre miljøet er i forhold til der barnet nå bor. Jo mindre forskjell, jo sterkere blir argumentet for et miljøskifte. Når det gjelder flytting med barnet til utlandet, blir miljøskiftet sett på som stort, men kanskje ikke hvis det gjelder de nordiske landene.⁴⁹

Domstolene vil også ta barnets alder med i betraktning. Et yngre barn vil ikke for eksempel ikke ha tilknytning til det ytre miljø, men kanskje større tilknytning til det indre miljø, spesielt den omsorgspersonen som barnet bor sammen med. Eldre barn vil kanskje takle et miljøskifte dårlig, fordi de kanskje vil miste et sterkt kontaktnett til venner og skole.

I Rt. 1953 s.1374 kom Karen Margrethe Simonsen, overlege ved Rikshospitalets barnepsykiatriske avdeling med en sakkyndig uttalelse, som har vært med på styrke dette argumentet. Hun sa bl.a. miljøskifte kan særlig ha alvorlig innflytelse på mindre barn, hvis det innebærer at barnet mister kontakten med den forelderen eller de mennesker som barnet er knyttet til. Hun sa videre at det kan være bedre for et barn å bli i et miljø som kan være uheldig på forskjellig vis, enn å ta barnet ut av det miljøet, hvis det betyr at barnet vil miste kontakt med den personen som det kjenner og er følelsesmessig knyttet til. Flere høyesterettsdommer har etter denne uttalelsen derfor kommet til samme konklusjon at flytting av barnet er en påkjenning og at det skal derfor særlige grunner til før noe slikt bør skje.⁵⁰

Selv om domstolene anser miljøskifte som skadelig for barnet, og at det skal en del til før en bør flytte barnet, kan det allikevel foreligge andre argumenter som tilsier at det vil være i barnets beste interesse å flytte. Står to alternativer helt likt, med skole, barnehage og

⁴⁹ Inge Lorange Backer, Lovkommentar Barneloven, s 342.

⁵⁰ Lucy Smith og Peder Lødrup Barn og foreldre s. 116

miljøet rundt, vil retten som oftest velge ikke å flytte barnet. Prinsippet får særlig betydning når foreldrene ellers står særlig likt og det ikke er sterke argumenter for å flytte barnet.

Dette kom frem i en avgjørelse fra 1985⁵¹ som gjaldt en jente på åtte år. Der var begge foreldrene skikket, hjemmene var også like, også skolene og miljøet generelt. Bostedene lå også like ved hverandre. Høyesterett uttalt bl.a. følgende: ”Når foreldrene står så likt, kommer hensynet til ikke å forrykke de bestående forhold inn med full tyngde”. Men det finnes også rettsavgjørelser som ikke vektlegger dette prinsippet. Bl.a. i Rt. 1972 s.1139, her fikk moren foreldreansvaret, selv om barnet hadde bodd med faren og hans foreldre de siste tre årene. Barnet hadde hele tiden hatt god kontakt med moren og trivdes godt hos henne. Når barnet bodde sammen med far og besteforeldre, ble oppholdet ofte avbrutt på grunn av langvarige sykehusopphold. Domstolene mente derfor at barnet ikke hadde slått rot hos faren på samme måte som ellers ville vært tilfelle.

6.3 Stabilitet og forutsigbarhet

Stabilitet er et moment som ikke har vært brukt som hovedargument i noen høyesterettsavgjørelse på 1990-tallet. I en dom (Rt.1993 s.1165) la retten en viss vekt på at moren manglet stabilitet slik at barnet skulle bli boende hos far. Dette var imidlertid ikke hovedmomentet i dommen. De avgjørende momentene var at barnet var mer følelsesmessig knyttet til far, og han hadde også hatt hovedomsorgen for barnet.

Med stabilitet tenker man gjerne på ytre omstendigheter ved omsorgssituasjonen. Man ser på boligsituasjonen, arbeidsforhold og nye partnerforhold og hvor stabilt det forholdet er. Hvis en av foreldrene flytter mye, har dårlig nettverk og ingen annen familie rundt seg, kan det bli sett på som negativt, også hyppig partnerskifte er negativt. Domstolene er ute etter å

⁵¹ Rt. 1985 s.467

finne gode og trygge oppvekstvilkår for barnet, og da er det klart at gode nettverk, fast jobb, bolig i et trygt område kan spille inn på dommerens vurdering. Dette trenger derimot ikke alltid å være tilfelle, se Rt. 1990 s.669. Her la Høyesterett avgjørende vekt på barnets ønske, selv om den ene av foreldrene kunne gi barnet et mye mer stabilt og trygt oppvekstvilkår.

Dette momentet brukes mer i lagmannsrettsdommene, der dette blir brukt som hoved – eller delargument i halvparten av sakene om fast bosted. Dette er også et argument som flere fedre enn mødre benytter. Nesten halvparten av alle fedrene brukte stabilitetsargumentet, mens bare 12 % av mødrene gjorde det.

6.4 Personlige egenskaper ved omsorgspersonen

Omsorgspersonens personlige egenskaper er et moment som også tillegges vekt i en barnefordelingssak. Det gis gjerne mer vekt i tingsretten og lagmannsretten enn i Høyesterett. Dette kan være fordi personene ikke selv møter i Høyesterett, men bare deres advokater. I de lavere instanser får dommerne derimot en mulighet til å danne seg et inntrykk av personligheten til foreldrene.

En annen grunn kan være at Høyesterett er forsiktig med å ta disse egenskapene med i domsgrunnene, fordi ”dommerne finner det riktig å være tilbakeholdne med personlige beskrivelser”, jf. Smith og Lødrup.⁵² Dette kan være fordi det kan skape mer fiendtlighet og konflikter mellom foreldrene. Foreldrene skal leve med avgjørelsen i ettertid, og dette momentet går lengst når det gjelder å vurdere hvordan menneske vedkommende er.

⁵² Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og Foreldre, s.127

Andre momenter, som for eksempel hensynet til ikke å dele søsken eller risikoen av miljøskifte er mer nøytrale og objektive momenter, som ikke på samme måte vil ramme foreldrene. En annen grunn kan være at det er mulig for alle å lese domsavgjørelser, og at en veldig negativ tegning av forelderen kan ramme vedkommende hardt. Det kan derfor være rimelig å tro at dommerne vektlegger i større grad personlige egenskaper enn det som kommer frem i domstekstene. Sandberg fant i sine studier at sakkyndige i saken ofte går lenger i sine vurderinger av foreldrenes personlige egenskaper enn det vi ser i domsbegrunnelsene.

Når man ser på omsorgspersonens personlige egenskaper ser man spesielt på deres evne som barneoppdrager. Man ser om foreldrene har empati, om de har evnen til å stimulere barnet og sette grenser, og samtidig vise omsorg og kjærighet. Man ser også på foreldrenes moralske kvaliteter, selv det kan være vanskelig for dommeren å finne noe positivt eller negativt. I en dom fra 2005 ⁵³ brukte Høyesterett foreldrenes personlige egenskaper som argument for hvem som kunne gi barnet mest stabilitet.

Kristin Skjørten fant i sine studier av rettsavgjørelser at der hvor det ble lagt avgjørende vekt på foreldrenes personlige egenskaper, var det alvorlige svakheter hos den andre forelderen. Dette var gjerne alkohol og rusmisbruk, psykiske problemer, klare personlighetsforstyrrelser, samværs sabotasje osv. I LH-1998-00 796 fikk far omsorgen for barnet på grunn av at moren hadde alvorlige alkoholproblemer. Alkoholproblemet var langvarig og omfattende, hun drakk foran barna sine, og politiet og barnevern hadde blitt tilkalt flere ganger. Her fant lagmannsretten at det var ”hevet over tvil” at barna hadde blitt utsatt for store påkjenninger og utrygghet på grunn av morens problem. Skjørten fant at rusmisbruk var et av hovedargumentene for at retten mente at vedkommende var uegnet for hovedomsorgen for barnet.

⁵³ Rt.2005 s. 682

Hvis det foreligger veldig stor aldersforskjell mellom foreldrene, vil det kunne ha noe betydning. Det er alminnelig antatt at barnet vil være best tjent med å bo hos den yngste forelderen.⁵⁴ Dette gjelder dog ikke alltid, og alder er ikke noe avgjørende moment. Foreldrenes fysiske helse betyr ikke at den andre forelderen er bedre egnet til å ha den daglige omsorgen. Hvis en av foreldrene er funksjonshemmet vil det som regel ikke ha noen betydning, så lenge vedkommende er i stand til å ta vare på barnet. I Rt. 1993 s. 1165 fikk en døv far den daglige omsorgen for en tre år gammel sønn. Faren hadde tapt i de lavere instanser, men Høyesterett sa at døvhet ikke diskvalifiserer til omsorgen, og at barnets språk kunne utvikles gjennom barnehage og øvrig miljø. Faren hadde vært veldig involvert med sønnen under samlivet, og sønnen hadde bodd hos han i to år etter at samlivet tok slutt. I de tilfeller hvor både barnet og forelderen har spesielle behov for tilsyn eller pleie, bør man være varsom med å gi den forelderen hovedomsorgen for barnet.

Det trenger ikke bare være negative egenskaper som kommer opp i en barnefordelingssak. Foreldrenes positive egenskaper kan trekke i retning av at barnet vil ha det best hos den ene av foreldrene. En person med åpen og lite egosentrisk personlighet vil være bedre for barnet enn en som er meget usympatisk og lite sensitiv person. I en domsavgjørelse fra Lagmannsretten (LA-1998-00 309) la retten stor vekt på at moren brukte mer tid med barna enn faren. Retten påpekte at moren flere ganger satte barnas behov og interesser foran sine egne. Hun fulgte opp barna på en veldig god måte og syntes å ha en betydelig intellektuell kapasitet. Det kan også være tilfeller hvor barnet trenger en spesiell oppfølging på grunn av sykdom eller psykiske lidelser. Dommeren kan da vektlegge hvem av foreldrene som samarbeider best med diverse hjelpedistanser, leger osv. De kan også se på hvem av foreldrene som er best egnet til å ta vare på et barn som trenger ekstra hjelp og støtte.

Det er sjeldent at dommeren sier at en av foreldrene er uskikket til å ta vare på barnet. Når det først skjer er det fordi det er snakk om veldig alvorlige tilfeller. Det er bare ca 10 % av

⁵⁴ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og Foreldre, s.128

foreldrene hvor dommeren gir en slik karakterstikk. Lucy Smith mener at retten kommer i de aller fleste tilfeller til at begge foreldrene er skikket til å ta vare på barnet. Hun sier videre at det skal svært mye til før dommeren finner vedkommende uskikket, og når det først skjer skyldes det som oftest alkoholmisbruk.

6.5 Barnets ønske

Hvor barnet selv ønsker å bo er et moment som veier tungt i en barnefordelingssak. Barneloven § 31 sier at barn har rett til å bli hørt før det treffes avgjørelser som vedgår dem. Dette betyr ikke at barnet selv kan bestemme hvor det skal bo, det fremgår av § 36 at det er enten foreldrene eller domstolene som skal ta den avgjørelsen. Etter andre ledd fremgår det at i en barnefordelingssak hvor bla. spørsmålet om hvor barnet skal bo fast, skal barnet få si sin mening allerede etter fylte syv år. Når det er snakk om så unge barn, kan de få si hvor de ønsker å bo, men her må ofte domstolene foreta en skjønnsmessig vurdering av barnets utsagn.⁵⁵ Man kan ikke forvente at et lite barn skal kunne foreta en slik vurdering om hvor han eller hun vil ha det best, og spesielt ikke fremover i tid. Enda viktigere, når barnet er tolv år skal det legges stor vekt på det barnet selv mener. Retten til å bli hørt anses så viktig at hvis domstolene ikke gjør dette, kan dommen bli opphevet, jf. Rt. 1974 s. 1339.⁵⁶

I en høyesterettsdom fra 1990⁵⁷ dreide det seg om en jente som snart fylte tolv år. Foreldrene hadde gått fra hverandre tre år tidligere og hun hadde siden den gang bodd sammen med faren sin. Nå ville hun flytte til moren, og ga sterkt uttrykk for dette til dommeren. Etter samtaler med jenta kom det frem at hun følte at moren forsto henne bedre og tok henne mer på alvor enn det faren gjorde. Her kom Høyesterett til at hun skulle bo fast hos moren på bakgrunn av sitt ønske, selv om morens situasjon og miljø var mer

⁵⁵ Kristin Skjorten, Samlivsbrudd og Barnefordeling, s.51

⁵⁶ Lucy Smith og Peder Lødrup, s.124

⁵⁷ Rt. 1990 s. 669

usikkert enn farens, i og med at hun mottok bl.a. attføringspenger og ikke hadde noen utdannelse. Høyesterettsdommeren sa bl.a. at jenta hadde et ”gjennomtenkt syn på hvor hun burde være”. Dommeren sa også at det under samtalen ikke kom frem noen typiske voksne formuleringer. Det må tolkes dit hen at det var jentas egen mening og beslutning, og ikke på grunn av press fra den ene forelderen.

Hvis det viser seg at barnets ønske fremkommer etter press fra en av foreldrene, eller av hensynet til en av dem, vil det redusere vekten av momentet betraktelig. Dette betyr ikke at barnet i alle tilfeller får bestemme fast bosted selv, andre momenter kan gå foran hvis retten anser det som barnets beste.

Ofte vil barnet heller velge å ikke si noe om hvilken foreldre det vil bo hos, fordi barnet kan være redd for å såre den ene av foreldrene. Uansett alder og hvor moden barnet er, vil det som regel føles vondt for et barn å måtte velge mellom foreldrene, så dette er noe man bør prøve å unngå i en barnefordelingssak. Det er derfor selvsagt fritt for barnet å velge og ikke å si noe om dette. Barnets ønske kommer ofte frem i samtale med en sakkyndig eller med en dommer.⁵⁸ En annen ting er hvis barnets ønske er motivert ut fra selve stedet den ene forelderen bor på, mer enn at barnet faktisk ønsker å bo sammen den personen. Da vil dette momentet få mindre vekt.⁵⁹ Det skal en del til for at domstolene går imot barnets ønske hvis det fremstår som et klart ønske og barnet er fylt tolv år.⁶⁰

Det kan være vanskelig å si akkurat hvor mye domstolene kan og skal vektlegge barnets ønske om bosted. Domstolene må foreta en bred og konkret helhetsvurdering hvor barnets alder helt klart spiller en stor rolle, jo eldre barnet er, jo mer hensyn tar man til barnets syn. Det fremgår i dommen fra 1990 at hvis retten treffer en avgjørelse som vil være i strid med

⁵⁸ Kristin Skjørten, Samlivsbrudd og Barnefordeling, s. 53

⁵⁹ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s. 340

⁶⁰ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og foreldre, s.125

det barnet selv ønsker, kan det få uheldige konsekvenser for barnet. Det kan også helt klart være tilfeller hvor barnets syn ikke kan tillegges vekt fordi det rett og slett vil være uheldig for barnet, og barnet har ”urealistiske forestillinger” om hva flytting kan medføre.⁶¹

6.6 Hvem kan bidra til mest samlet foreldrekontakt?

Hensynet til mest samlet foreldrekontakt er et moment som har kommet sterkt frem i senere tid. Hvis det er sannsynlig at den ene forelderen vil bidra til mer kontakt mellom den andre forelderen og barnet, og eventuelle søsken, vil det være et moment som taler for å la barnet bo fast hos den. Momentet, som er særlig understreket av Lucy Smith, er blitt et så sterkt moment at det kan gå foran det andre tungtveiende momentet om risiko ved miljøskifte, slik det ble gjort i Rt. 1982 s.116 (dommen er omtalt i neste avsnitt). Domstolene anser dette som et tungtveiende moment. Hensynet ble slått fast som et sentralt moment av Høyesterett tidlig på åttitallet, og det samme i andre rettsavgjørelser.

I Rt. 1982 s.116 kom retten til at en fem år gammel jente som bodde sammen med far, hans kone og deres felles barn, skulle flytte til sin mor. Moren hadde fått en ny samboer, og de var begge skikket til å ta vare på datteren. Moren hadde imidlertid nesten ikke hatt kontakt med datteren i og med at samværsretten ikke fungerte. Høyesterett la her avgjørende vekt på at faren hadde lagt hindringer i veien for morens samværsrett, og at samværsretten ville mest sannsynlig fungere bedre hvis barnet flyttet sammen med mor. Førstvoterende mente at jenta ville få den beste og mest vedvarende kontakten med begge foreldrene hvis barnet ble flyttet til moren. Dommen hadde dissens, 4-1. Mindretallet mente at barnet hadde det bra der hun var, og at det var usikkert hva flytting til andre omgivelser og forhold ville føre

⁶¹ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og Foreldre, s. 125

til. Dommen har prinsipiell betydning fordi domstolen la mer vekt på hensynet til mest samlet foreldrekontakt enn risikoen ved miljøskifte og nær følelsesmessig tilknytning.⁶²

I 1989 ble barnelovens § 39 sjette ledd (nå § 43 femte ledd) endret slik at samværsretten ble styrket. Hvis bostedsforelderen hindret samværsavtalen mellom den andre forelderen og barnet, kan samværsforelderen kreve ny sak. I forarbeidene står det uttrykkelig hvor viktig det er at barnet har kontakt med begge foreldrene sine.

Momentet har to sider. Den ene siden er at bostedsforelderen kan vise en fiendtlig holdning mot den andre forelderen slik at det er rimelig å forvente at samværet vil bli sabotert. Den andre siden er at bostedsforelderen allerede har vist i praksis at vedkommende ikke er villig til å samarbeide om samværsavtalen. Hvis vedkommende motarbeider barnets rett til kontakt og samvær med den andre forelderen, vil retten kunne anse den personen uskikket som foreldre.

I en dom, Rt. 1991 s.1148 ble også dette det avgjørende momentet i saken. Her avgjorde retten at en sønn skulle flytte og bo sammen med faren sin, selv om sønnen ikke hatt noe særlig kontakt med faren de siste fem årene og faren var nesten helt ukjent for han. Dette var ikke farens skyld, men morens. Hun hadde hindret kontakt mellom faren og sønnen. Dommen hadde dissens. Denne dommen er blitt sterkt kritisert av bl.a. Haugli.⁶³ Hun sa bl.a. at dommen bærer preg av strafferett, hvor man skal straffe moren på grunn av sabotasje av samværsretten. Backer⁶⁴ er uenig med de som har kritisert dommen, og er enig i domsresultatet. Han mener at på lang sikt ville barnet ha det bedre hos far. Han sier også at faren var ukjent for barnet ikke er et avgjørende argument, og han viser til omsorgsovertakelse i barnevernssaker. Han henviser også til Innst. O nr. 23 (1988-1989) s.6 sp.2 hvor Justiskomiteen sa bl.a. at å bryte en allerede fastsatt samværsavtale bør få

⁶² Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og Foreldre, s.122

⁶³ ”Allmennprevensjon som argument for overføring av foreldreansvar” JV 1993 s. 80

⁶⁴ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar

konsekvenser. Sandberg⁶⁵ mener at Høyesterett satte barnets beste til side av hensynet til barn som gruppe. Hun mener at domstolene ville stadfeste hvor viktig det er for barnet at samværsretten opprettholdes.

Høyesterett kom i en dom senere, Rt. 1997 s. 797, hvor det også var sabotasje av samværsretten, til et annet resultat. Dette kan gi uklart bilde av hvor stor vekt domstolene gir dette momentet. Haugli mener at rettstilstanden på dette punktet er uklar. Vi ser at dette er et argument som mange av foreldrene bruker til støtte for sin sak.

6.7 Barnets følelsesmessige tilknytning

Hvem som har hatt den faktiske omsorgen og hvem barnet føler seg mest knyttet til er et viktig argument i barnets beste vurderingen. For at barnet skal ha det godt, er det helt essensielt at barnet føler seg trygg og godt ivaretatt av den forelderen som barnet skal bo hos. Begge disse momentene får mer betydning når det gjelder yngre barn, da spesielt barn under skolealder. Barnet vil som oftest ha mer tilknytning og kontakt med den av foreldrene som har tatt seg av mesteparten av omsorgsarbeidet under og etter samlivsbruddet. Hvis foreldrene har fått en ny partner vil man også vurdere hvor nær barnet er til den personen.

I forarbeidene til loven, Innst.O. nr. 30 s. 14, sa Justiskomiteen at det skal legges betydelig vekt på hvem av foreldrene som barnet har den sterkeste følelsesmessige kontakten med og hvem av foreldrene som har hatt hovedomsorgen for barnet. Når det gjelder den faktiske omsorgen mener Sandberg at forarbeidene til barneloven sikter til omsorgen under samlivet, og ikke etter samlivsbruddet.

⁶⁵ Kirsten Sandberg, 2003, 52-53

Det er kun en dom på 90-tallet hvor Høyesterett i stor grad vektla hvem som hadde hatt hovedomsorgen for barnet og som barnet selv følte seg mest knyttet til, Rt. 1993 s. 1165. Faren var døvt, og selv om retten uttalte at det var uten betydning, var hovedargumentet at han hadde hatt ansvar for den daglige omsorgen både før og etter samlivsbruddet, og båndet mellom far og barn var sterkere enn mellom mor og barn.

Det er helt klart flere mødre som bruker disse argumentene enn fedre. Skjørten fant i sine undersøkelser av lagmannsrettens saker at ca 60 % av mødrene hevdet at de hadde hatt hovedomsorgen for barnet, mens bare 6 % av fedrene hevdet det samme. 14 % av mennene hevdet de hadde delt hovedomsorgen likt med mor. De fleste fedrene brukte ikke dette som noe argument i saken. Det samme gjelder også argumentet om at barnet er mer følelsesmessig knyttet til en av foreldrene. Dette er også et såkalt ”mødreargument”. Her fant Skjørten at ca 50 % av kvinnene hevdet dette, mens kun 11 % av mennene.

Når det gjelder rettens behandling av argumentet om faktisk omsorg, er dette avhengig av barnets alder. Siden det fremgår av forarbeidene at dette skal vektlegges mer jo yngre barnet er, er det rimelig å anta at retten vektlegger dette momentet mer i de sakene. Skjørten mener derimot at dette ikke er slik.⁶⁶ Når det gjelder den følelsesmessige tilknytningen blir det momentet oftere vurdert av domstolene. I to tredjedeler av sakene som argumenterer med dette, er det tatt med i rettens drøftelse. I Sandberg sine undersøkelser fra 1984 var dette bare tatt med i halvparten av sakene som gjaldt barn under syv år. Men også her, som ved foreldrenes personlige egenskaper, kan det hende at dommeren unnlater å ta det med i domsbegrunnelsen. Det kan tenkes at retten ikke vil støte den tapende part, og derfor velger ikke å omtale barnets følelsesmessig tilknytning.⁶⁷ Det kan også tenkes at dommeren syntes det er vanskelig å finne ut om barnet faktisk er mer følelsesmessig tilknyttet en av foreldrene, og vil kanskje derfor heller vektlegge mer

⁶⁶ Kristen Skjørten, Samlivsbrudd og barnefordeling, s.69

⁶⁷ Kirsten Sandberg, Barnets beste

objektive og nøytrale momenter, som for eksempel risikoen ved miljøskifte, stabilitet og hensynet til ikke å dele søsken. Sandberg mener at det er uheldig at et moment som er så sentralt og viktig for små barn, ikke blir drøftet av domstolene.⁶⁸

Domstolenes oppgave er å finne ut hvor barnet vil ha det best, både på kort og lang sikt. Det skal derfor ikke være snakk om å belønne den forelderen som har tatt mest vare på barnet tidligere. Tidligere oppførsel kan brukes som et argument for at barnet vil ha det best der fremover i tid. Dette kom frem i Rt. 1985 s.707, hvor Høyesterett uttalte bl.a. at selv om barnet har følt seg mest knyttet til moren i de første leveårene, er det uten betydning for hvor barnet vil få det best de kommende årene.

Både Sandberg, i sin bok fra 1990, og Kristin Skjørten konkluderer med at domstolene ikke følger opp lovgivers intensjon om at faktisk omsorg skal vektlegges. Sandberg mener at momentet faktisk omsorg bør tillegges større vekt enn det vi ser det gjør i dag. Hun mener det vil skape mer forutberegnelighet, slik at foreldrene lettere kan forutsi hva slags avgjørelse en domstol vil komme til. Hun mener at dette har betydning for hvor mange saker som må avgjøres av domstolene. Samtidig mener hun at dette er rettferdig for foreldrene.

6.8 Hensynet til ikke å dele søsken

Hovedregelen i rettspraksis er at hvis det dreier seg om barnefordeling av flere søsken, bør man ikke dele dem, slik at foreldrene for eksempel får hovedansvaret for ett barn hver. Dette har Høyesterett over lang tid fremhevet i ulike dommer, se bl.a. Rt. 1982 s. 1335.

⁶⁸ Kirsten Sandberg, Barnets beste, s. 56

Hovedgrunnene til dette er at når barn opplever noe så vondt og smertefullt som at foreldrene går fra hverandre, er det ofte forholdet mellom søsknene veldig viktig. Det er som regel en nær tilknytning mellom søsknene, og å splitte opp det forholdet vil ofte ikke være i barnets beste interesse. Det kan imidlertid være tilfeller hvor dette ikke vil være det beste for barnet. Smith og Lødrup⁶⁹ at det kan være situasjoner hvor søskenforholdene ikke er så bra. Det kan også være tilfeller hvor kanskje den ene har best forhold med moren, og den andre med faren. Eller det kan være stor aldersforskjell mellom søsknene, og forholdet er kanskje derfor ikke så sterkt. Videre fremgår det at hvis søskenflokken er stor, kan en slik deling gjøre at foreldrene faktisk får mer tid til å ta vare på det enkelte barn.

Andre momenter for en slik deling er at foreldrene kanskje blir mer samarbeidsvillige og vil gjøre samværsretten lettere fordi begge jo er avhengig av at den fungerer godt. Det er imidlertid viktig at en løsning ikke blir valgt for å unngå bitterhet mellom partene, eller som en slags kompromissløsning mellom foreldrene fordi retten ikke finner en av foreldrene bedre egnet. Deling av søsken for å oppnå et rettferdig resultat mellom foreldrene er ikke i samsvar med loven.⁷⁰

Hvis foreldrene ikke bor langt fra hverandre, vil det redusere vekten av dette momentet. Søsknene vil likevel ha en stor mulighet til å se hverandre ofte, spesielt hvis barna er eldre, slik at de kan selv dra på besøk til hverandre når de måtte føle for det. Med lange avstander blir dette mer vanskelig, særlig hvis det er snakk om yngre barn. Hvis det er stor aldersforskjell mellom søsknene vil også hensynet til deling av søsken veie mindre fordi de som regel vil ha mindre tilhørighet og forhold seg i mellom.

Hvis et barn viser et sterkt ønske om å bo hos mor, mens det andre viser et sterkt ønske å bo hos far, selv om det betyr at de ikke vil kunne bo sammen, bør det veie tungt, se

⁶⁹ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og Foreldre, s.127

⁷⁰ Kristin Skjørten, Samlivsbrudd og Barnefordeling, s.85

punkt.4.4. Også her er det en helhetsvurdering som må foretas, og det er bare hvis det er til barnets beste at deling mellom søsknene bør skje.

6.9 Barnets behov for kjønnsidentifikasjon

Det fremgår av juridisk litteratur⁷¹ at det etter at den nye barneloven ble vedtatt i 1981, ikke har vært noen barnefordelingssaker for Høyesterett hvor de har brukt barnets behov for kjønnsidentifikasjon som noe argument for at barnet bør bo hos mor eller far. Det finnes en del rettspraksis fra lavere instanser hvor dette momentet har blitt tillagt vekt. Dette argumentet vil ha størst vekt når det gjelder eldre barn, spesielt med tanke på barnets behov for kjønnsidentifikasjon i puberteten. Rettspraksis viser også at det er flere mødre som bruker dette argumentet enn fedre.

I de fleste sakene hvor momentet om barnets kjønn ble vektlagt, ble det begrunnet med at barnet trenger særlig støtte fra forelderen med samme kjønn. Rettspraksis har også brukt dette momentet som argument for barnets beste, når de samtidig har kommet til at søsknene bør deles mellom mor og far. Det viser seg også at når domstolene drøfter dette momentet, er det like sannsynlig at retten kommer frem til at momentet skal tillegges vekt, som at momentet ikke skal tillegges noe vekt.⁷² Dette var det samme som Sandberg fant i sine studier av rettsavgjørelser. Man kan si at det er usikkert hvor mye vekt dette momentet har i en barnefordelingssak.

Det er usikkert hvilken betydning kjønnsidentifikasjon egentlig har for barnets utvikling. Smith og Lødrup mener man bør vise forsiktighet med å bygge på et prinsipp som sier at en gutt har mer behov for far, mens jenta vil ha mer behov for mor.⁷³ Det er heller ikke i dag

⁷¹ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og Foreldre, s.128

⁷² Kristin Skjørten, Samlivbrudd og Barnefordeling, s.93

⁷³ Lucy Smith og Peder Lødrup, s.129

bevist en jente som bor sammen med moren, vil ha en mer tilfredsstillende kjønnsidentifikasjon enn en jente som vokser opp hos sin far. Det er som er sikkert er at barnet trenger både mor og far, og at man bør prøve å komme frem til en løsning som gir barnet mest mulig tid med begge foreldrene.

6.10 Andre momenter som kan vektlegges

Momentene overfor er de momentene som man ser oftest blir brukt av domstolene til å treffe en avgjørelse om hvor barnet skal bo fast. Det kan også foreligge andre momenter som kanskje ikke vil være avgjørende i en sak, men som kan være med å trekke resultatet i en retning. Et moment som kan få betydning er hvem av foreldrene som best kan prioritere barnet og innrette sitt liv etter barnets behov. Den forelderen som barnet skal bo fast hos, må så klart kunne gjøre det som kreves i den daglige omsorgen, som for eksempel å kle på og å mate barnet, ta barnet i barnehage og skole etc.

Foreldre som er hjemme vil ikke ha noe fortrinn mot en som jobber utenfor hjemmet. I dag jobber de aller fleste mødre og fedre utenfor hjemmet, og når barnehagetilbud og andre aktiviteter etter skolen er blitt så betydelig bedre, er ikke dette momentet så relevant lenger. Har en av foreldrene en meget høytkreven jobb, kan det trekke i retning av at den andre parten bør ha barnet. Det kan for eksempel være en jobb som innebærer veldig mye innenlands og utenlands reising. Dette gjelder spesielt hvis jobben er lite fleksibel, og at vedkommende ikke kan være tilstede hvis noe skulle skje med barnet.

Et annet moment kan være om det bor andre familiemedlemmer i nærheten av barnet. Det vil bli sett på som positivt, i motsetning til en som ikke har noe familie rundt seg eller noe særlig godt nettverk. Hvilke muligheter det er for barnehage og skole kan også få betydning. I dag vil dette kanskje få mindre betydning for de fleste steder vil ha bra med barnehager og skole. Det kan være tilfeller hvor den ene bor i et tettbygd område, typisk en

by, mens den andre bor på ”landet”. Man kunne tidligere argumentere for at det ville være flere muligheter for barnet i byen, fordi barnet ville ha større tilgang til forskjellige skoler, kultur og flere fritidsaktiviteter. I dag vil ikke dette være noe moment lenger fordi forskjellen mellom en by og ”landet” er mindre i dag enn det var tidligere.

Hvis det foreligger en risiko for overgrep, enten seksuelt, fysisk eller psykisk vil dette ikke bare være et tungtveiende moment, men som oftest også et avgjørende moment for at barnet ikke bør hos den personen. Barnelovens § 48 andre ledd bestemmer at barnet ikke skal utsettes for vold, eller behandles på en måte som kan utsette barnets fysiske og psykiske helse. Har vedkommende utøvet vold mot den andre forelderen vil det få mindre betydning, med mindre vedkommende har gjort dette foran barnet. Dette vil komme an på i hvilken grad og hvor ofte dette har skjedd.

6.11 Irrelevante momenter som ikke vektlegges

Det er visse ting som er uten betydning for domstolene, og som ikke skal trekkes negativt mot foreldrene. For det første skal domstolene se bort fra hvem som har skyld i samlivsbruddet. Dette ble slått fast i Rt. 1964 s.315. Det ble her sagt at det helt uten betydning for retten hvem av ektefellene som har skylden for bruddet, med mindre det kan vise karaktertrekk som gjør vedkommende uskikket som foreldre. I de siste årene har ikke dette blitt berørt av Høyesterett.⁷⁴

Foreldrenes seksuelle legning vil også være uten betydning, og er ikke moment som retten vektlegger i en avgjørelse om hvor barnet skal bo. Dette gjelder også om vedkommende flytter sammen med partner av samme kjønn.⁷⁵ Dette var noe som man tidligere i større

⁷⁴ Lucy Smith og Peder Lødrup, Barn og foreldre, s.130

⁷⁵ EMD 21. desember 1999, Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal

grad vektla fordi man mente at det kunne føre til at barnet ville bli mobbet, men nå løser man dette på andre måter.⁷⁶ Homofili er i dag også mer vanlig. Det fører nok til at mobbing på grunn av foreldrenes seksuelle legning er et mindre problem i dag enn tidligere.

6.12 Andre hensyn enn barnets beste?

Alle avgjørelser som vedrører barn og hvor barnet skal bo fast, skal tas i hensyn til barnets beste, dette sier § 48. Videre sier bestemmelsen at man "først og fremst" skal ta et slikt hensyn. Etter ordlyden betyr det at man kan vektlegge andre hensyn, noe som også er uttalt i Høyesterett i Rt. 1984 s.728, hvor førstvoterende forstår loven slik at i de tilfeller hvor ingen av løsningene utpeker seg som den beste for barnet, kan andre hensyn vektlegges.

Hensynet til foreldrenes behov kan være et hensyn som kan trekkes inn i avgjørelsen. Det kan være tilfeller hvor den ene parten vil takle tapet dårligere enn den andre. Den andre forelderens kan være mer ressurssterk, og har større nettverk og familie rundt seg, noe som kan være med på å kompensere for tapet. Lovforarbeidene åpner også for dette.

Justiskomiteen sa bl.a. at hvis det er uklart hvilken løsning som vil være best, bør retten kunne vektlegge hvem av foreldrene som har mest behov for å ha barnet boende hos seg, og hvem av foreldrene som lide det største tap hvis den andre får barnet.⁷⁷ Når foreldrene velger å gå til sak om hvor barnet skal bo fast, betyr det at begge har et sterkt ønske om å ha barnet boende hos seg. Det er derfor også naturlig å tro at begge vil lide et tap hvis den andre vinner saken. Det kan derfor være vanskelig for en dommer å finne ut av hvem som vil lide det aller største tapet, eller hvem av dem som har et større behov enn den andre. Smith og Lødrup sier at dette bare bør bli vektlagt i rene unntakstilfeller.

⁷⁶ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s.347

⁷⁷ Innst. 80/81 s.14

Andre hensyn som kan tillegges vekt er rettferdighetsbetraktninger. Mindretallet i Rt. 1984 s. 728 ville at resultatet i saken skulle gå i favør av moren på grunn av at hun hadde vært i en vanskelig situasjon, og derfor måtte overlate barnet til faren. Smith og Lødrup mener at slike hensyn ikke har noe med en barnefordelingssak å gjøre. De mener at hvis det er umulig å avgjøre saken, bør man se hvilket resultat som best fremmer barnets interesser.

7 Hensynet til å unngå rettssak

Det er i dag ca 10 % av foreldrene som ikke klarer å bli enige om bl.a. hvor barnet skal bo fast. De må ta saken videre til domstolene. Dette vil være saker som ofte er preget av meget dype konflikter mellom foreldrene. Det kan være tilfeller av vold og utroskap, eller at foreldrene ikke klarer å bli enig om hvem av foreldrene som er best for barnet.

All forskning viser at det beste for barnet er når foreldrene klarer å bli enige på egen hånd, uten at de må la retten avgjøre slike viktige spørsmål. Foreldrenes rettslige konflikt er en belastning for barnet. I NOU 1998: 17 sa psykolog Terje Galtung bl.a. at en rettssak mellom foreldrene kan føre til at konfliktene forsterkes og at omsorgen for barnet reduseres. Han sa videre at konflikter mellom foreldrene over lang tid, kan medvirke til skjevutvikling hos barnet. Det er derfor viktig at foreldrene ser viktigheten av å bli enige fort, og så legge saken bak seg for barnets skyld.

Det vil også være det beste for foreldrene at de klarer å få til en avtale om hvor barnet skal bo fast. Dette fremheves også i forarbeidene, jf. NOU 1998: 17 s. 95. Foreldrene vil kanskje føle seg mer personlig forpliktet til avtalen, siden det er de som har kommet frem til den, og ikke et uavhengig organ som domstolene. Det kan gjøre samarbeidet mellom foreldrene lettere for framtiden, noe som vil være positivt for barnet.

Det fremgår i § 59 at dommeren skal påskynde en barnefordelingssak så mye som mulig. Det vil si at slike saker prioriteres i rettssystemet. Bakgrunnen for dette er at en barnefordelingssak er særlig belastende for barnet, som tross alt er uskyldig i saken. Det er allikevel klart at en slik sak vil ta tid og ikke minst penger. Mange blir ikke fornøyd med resultatet i saken og velger å anke til neste instans. Dette igjen tar tid, og det er barnet som lider i mellomtiden.

Man kan spørre seg om hensynet til å unngå rettssak går så langt at foreldrene blir ”presset” til å inngå forlik. Først må foreldrene ha tvungen mekling før de kan reise sak, jf. barnelovens § 51. Etter det skal advokatene etter § 49 vurdere om det er mulig å få løst saken ved avtale, slik at det ikke blir rettssak. Etter § 59 annet ledd skal dommeren også prøve å få foreldrene til å inngå forlik. Det skal legges til rette for at foreldrene kan komme til forlik. I følge forarbeidene har dommeren en plikt til å forsøke mekling før hovedforhandlingen settes i gang.⁷⁸ Videre fremheves det i Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) at det er viktig at foreldrene ikke føler seg presset til å inngå forlik. Dette kan medføre at det ikke oppnås noen reell enighet mellom partene og at konflikten derfor ikke blir mindre.⁷⁹ Hvis konflikten ikke blir redusert, kan det føre til at en eller begge foreldrene senere må ta saken tilbake til domstolene for å få en ny avgjørelse. Dette kan få store konsekvenser for barnet.

Når foreldrene har vært igjennom både tvungen mekling og advokatmekling, vil det ofte ikke være noe mer håp om at foreldrene skal klare å komme til enighet. Med mindre det er kommet frem noe nytt under meklingen, vil det være liten sjanse for at dommeren klarer å få til forlik mellom foreldrene.

⁷⁸ Inge Lorange Backer, Barneloven Lovkommentar, s. 512

⁷⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

Mange barnefordelingssaker er godt egnet til forlik, men dette er ikke alltid tilfellet. I noen saker er det nødvendig med en rettssak for å få alle sider av saken frem og sørge for at sakkyndige får uttalt seg. Det bør respekteres at en part ønsker at en uavhengig dommer skal ta avgjørelsen i en sak. Det kan være vanskelig for foreldrene å ta den selv. Det kan være vanskelig for en av foreldrene å innrømme at barnet vil ha det bedre hos den andre, spesielt for mødre. Det kan også være tilfeller hvor saken dreier seg om overgrep eller grov omsorgssvikt, og slike saker vil ofte være uegnet i forhold til forlik. Samtidig kan det være saker hvor det er stor intellektuell forskjell mellom foreldrene, hvor den ene er mye ”sterkere” enn den andre. Den sterke part vil ofte komme best ut, selv om dette ikke nødvendigvis er til barnets beste. I slike tilfeller kan en rettssak faktisk være det beste for alle involverte parter, inkludert barnet.

8 Oppsummering – konklusjon

Min hovedproblemstilling har vært hvor barnet skal bo etter et samlivsbrudd, enten barnet skal ha ett fast bosted eller to faste bosteder – delt bosted. Uansett om det er foreldrene selv eller domstolene som avgjør hvor barnet skal bo, må barnets beste være det utslagsgivende i avgjørelsen.

I alle barnefordelingssaker må man hele tiden ha barnets beste interesse som et grunnleggende hensyn. Det er viktig at foreldrene er klar over at selv om samlivet tar slutt, betyr ikke det at forholdet mellom barn og foreldre tar slutt. Når man velger å bli foreldre sammen, må man være klar over den forpliktelsen det medfører. Det er synd å se foreldre som etter et brudd er så bitre at de prøver å få barnet på sin side, eller bruker barnet i kampen mot ekspartneren. Det er dessverre også noen foreldre som velger å gå til sak om barnets faste bosted kun for å terge sin tidligere ektefelle. Dette er selvfølgelig ikke det

store antallet av sakene, men det skjer. Det viser seg i noen tilfeller at foreldre lyver og sier ting for å få den andre forelderen til å virke mer uskikket enn seg selv foran dommeren.

Etter min mening er et av de viktigste momentene domstolene bør vektlegge, hvem av foreldrene som kan bidra til at barnet faktisk får sett mest til begge foreldrene. Viktigheten av dette hensynet er også noe som bør komme sterkt frem under mekling. All forskning tilsier at barn som har foreldre som kan samarbeide og fortsatt holde en god tone seg i mellom, kommer bedre ut av et samlivsbrudd enn barn som har foreldre som bare krangler og er uenige.

Jeg er meget positiv til delt bosted, og det er bra at flere familier velger denne ordningen hvis mulig. Jeg syntes det er bra at loven som i dag, gir full avtalefrihet til foreldrene. Det er viktig at loven er fleksibel slik at hver familie kan finne sin egen ordning som passer deres liv best. Hver familie og barn er forskjellige, og en ordning passer ikke for alle. Jeg syntes loven slik den fremstår i dag, gir rom for familiene til å klare å løse dette på egen hånd. Heldigvis gjør ca. 90 % av familier med samlivsbrudd det.

Jeg er enig med de mange fagfolk og interessegrupper som mener at man ikke bør tillate at domstolene kan idømme delt bosted når foreldrene selv ikke ønsker det. Å tvinge foreldrene til å samarbeide så nært som delt bosted krever, er ikke veien å gå når dette til slutt vil gå utover barnets oppvekst. Ved å pålegge foreldrene delt bosted, mener jeg at det kan medføre at flere velger å anke saken. Det kan også medføre at foreldrene må tilbake til domstolene for å få ordningen opphørt når den ikke fungerer. Dette betyr at barnet for andre gang må igjennom en barnefordelingssak. Det er neppe noen tvil om at barnet lider når foreldrene må ta tvisten til domstolene, og dette bør derfor unngås av alle parter.

Etter et samlivsbrudd er det ingen løsninger som foreldrene eller domstolene kan komme til som vil være like perfekte eller gode for barnet som når familien bodde i samme hus som

før samlivsbruddet. Barnets liv vil bli forandret når foreldrene flytter fra hverandre. Man må imidlertid prøve å finne den nest beste løsningen når det å bo sammen med hele familien ikke lenger er et alternativ. Foreldrene bør derfor vise vilje til å bli enige, og så legge saken bak seg og konsentrere seg om framtiden. Både for sin egen del og aller viktigst for barnets del.

9 Kilder – litteraturliste

9.1 Lovregistre

- Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre
- Lov 4. juli 1991 nr. 45 om rett til felles bolig og innbo når husstandsfelleskap opphører
- Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap
- Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
- Lov 8. mars 2002 nr. 4 om barnetrygd
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
- FN – konvensjonen 20. november 1989 om barnets rettigheter

9.2 Offentlige dokumenter

- NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre
- NOU 1998: 17 Barnefordlingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted
- NOU 2008: 9 Med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær
- Ot.prp. nr. 56 (1996-97) om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre
- Ot.prp. nr. 29 (2002-03) om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)
- Innst. O. nr. 30 (1980-81) om lov om barn og foreldre
- Innst. O. nr. 23 (1988-89) om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre
- St.meld. nr. 29 (2002-03) Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap

9.3 Rettspraksis

- Rt. 1953 s. 1374
- Rt. 1964 s. 315
- Rt. 1972 s. 1139??
- Rt. 1974 s. 1339
- Rt. 1982 s. 116
- Rt. 1982 s. 1335
- Rt. 1984 s. 728
- Rt. 1985 s. 467
- Rt. 1985 s. 707
- Rt. 1986 s. 313
- Rt. 1990 s. 669
- Rt. 1991 s. 1148
- Rt. 1993 s. 1165
- Rt. 1995 s. 687
- Rt. 1997 s. 797
- Rt. 2005 s. 682

- RG 1990 s. 1087
- LA – 1998 – 00 309
- LH – 1998 – 00 796

- EMD 21. desember 1999, Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal

9.4 Litteratur

- Smith, Lucy: Foreldremyndighet og barnerett, Universitetsforlaget 1980
- Sandberg, Kirsten: Barnets beste. Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet, Oslo 1990

- Haugli, Trude: Delt omsorg for felles barn ved samlivsbrudd, Institutt for rettvitenskapens skriftserie nr. 26, Tromsø 1994
- Sandberg, Kirsten: Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, Oslo 2003
- Smith, Lucy og Peder Lødrup: Barn og foreldre, 6.utg, Gyldendal Norsk Forlag AS 2004
- Skjørten, Kristin: Samlivsbrudd og barnefordeling, Gyldendal Norsk Forlag AS 2005
- Skjørten, Kristin, Rolf Barlindhaug og Hilde Lidèn: Delt bosted for barn, Oslo 2007
- Backer, Inge Lorange: Barneloven lovkommentar 2.utg, Universitetsforlaget 2008

9.5 Annet

- Betænkning 2006/ 1475, danske forarbeider
- www.regjeringen.no
- www.paragrafen.no
- www.f2f.no
- www.aleneforeldreforeningen.no
- www.aftenposten.no